

ETABLERING OG BRUK AV STATLIG EIERSKAP I SELSKAPER - EN EØS-RETTLIG ANALYSE -

Kandidatnummer: 327

Leveringsfrist: 25.april 2007

(* regelverk for spesialoppgave på:

<http://www.jus.uio.no/studier/regelverk/utf-forskr-vedlegg-i.html>

regelverk for masteroppgave på:

<http://www.jus.uio.no/studier/regelverk/master/eksamensforskrift/kap6.html>)

Til sammen 14.964 ord

25.04.2007

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Problem og bakgrunn	1
1.2	Ulike årsaker til statens eierskap	2
1.3	Avgrensninger	4
1.4	Den videre fremstilling	5
<u>2</u>	<u>INNFLYTELSE SOM RESTRIKSJON</u>	<u>6</u>
2.1	Innledning	6
2.2	Nærmere om den gylne aksjen	7
2.3	Eierandel som grunnlag for innflytelse – kan det utgjøre en restriksjon?	9
2.3.1	Innledning/ Problemstilling	9
2.3.2	Betydningen av eierandelens natur	9
<u>3</u>	<u>BRUKEN AV INNFLYTELSE</u>	<u>12</u>
3.1	Hvorfor er staten eier?	12
3.1.1	Eierskap i styringsøyemed	12
3.1.2	Generelt om målsetninger ved eierskap	12
3.2	Offentlige foretak	16
3.3	Statlig kontrollerte selskaper som pliktsubjekt for EØS-avtalens regler	22
3.4	”Tiltak”	23
3.5	Ulike statlige tiltak i kraft av dominans	26
3.5.1	Innledning	26

3.5.2	Om samfunnsansvar – etikk utad og innad selskapet	27
3.5.3	Om forholdet til andre aksjonærer	33
3.5.4	Om selskapet som aktør i markedet	38
3.5.5	Om innretning av virksomheten	41
3.6	Oppsummering	43
<u>4</u>	<u>ETABLERING OG OPPRETTTHOLDELSE AV DOMINANS</u>	<u>43</u>
4.1	Innledning	43
4.2	Oppkjøp og nedsalg	44
4.3	Forkjøpsrett	45
<u>5</u>	<u>AVSLUTNING</u>	<u>46</u>
<u>6</u>	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>48</u>
6.1	Bøker	48
6.2	Lover	48
6.3	Offentlige dokumenter, forarbeider	49
6.4	Traktater, direktiver, konvensjoner	49
6.5	Domsregister	49
6.6	Nettsider og avisartikler	50
<u>7</u>	<u>LISTER OVER TABELLER OG FIGURER M V</u>	<u>A</u>

1 Innledning

1.1 Problem og bakgrunn

Den overordnede problemstilling i denne avhandlingen er hvilke rammer EØS-retten setter for etablering og bruk av statlig eierskap i aksjeselskaper. Problemstillingen er aktuell fordi den norske stat har store eierandeler i mange aksjeselskaper i Norge og har dermed avgjørende innflytelse som eier. Derfor er det interessant å se på hva EØS-reglene representerer av rammebetingelser for det statlige eierengasjementet i næringslivet.

Staten er klart den største enkelteier i norsk næringsliv, med eierinteresser i alt fra landets største børsnoterte selskaper til små heleide selskaper med sektorpolitiske formål. Gjennom sitt eierskap bidrar staten til å utvikle næringslivet, og påvirker i stor grad norsk økonomi. Staten har også en stor påvirkningsmulighet i kraft av sin eierstyring, ved at den benytter seg av selskapenes egne beslutningsorganer. Viktig å merke seg er at det offentlige eierskap innbefatter både statlige og kommunale eierskaper, hvor det oppstår beslektede problemstillinger.¹ Denne avhandlingen vil imidlertid konsentrere seg kun om det statlige.

Et hovedformål med EØS-avtalen er EFTA-statenes tilslutning til EUs indre marked med felles regler og like konkurransevilkår.² Etter hvert har dette utviklet seg til å bli et dynamisk og ensartet økonomisk samarbeidsområde, og i det ligger to forventninger; innføring og anvendelse av de samme regler på en ensartet måte og en utvikling av reglenes

¹ Kommunale og fylkeskommunale eierskaper vil i utgangspunktet reise de samme problemstillingene i forhold til EU og EØS, dette er tydelig ved at reglene som sikter seg mot offentlige myndigheter innbefattes også myndigheter på regionalt og lokalt plan, se for eksempel art 86, nr 1, EF. Ettersom art 59, nr 1, EØS uttrykker det samme, kan det ikke være tvilsomt at det tilsvarende gjelder innenfor EØS.

² EØS-avtalens preambel pkt 5.

innhold i takt med utviklingen av felleskapsretten.³ Dette berører hovedsaklig de tre konstitusjonelle statsorganer, men fordi staten fyller andre roller i vårt samfunn, er det laget regler for hvordan avtalen kommer til anvendelse for selskapene hvor staten har en eierandel. For så vidt det gjelder de tiltak som gjøres av slike offentlige foretak, er det på det rene at bestemmelsene i EØS-avtalens hoveddel, om frie varebevegelser og fri utveksling av tjenesteytelser, kommer til anvendelse.

Ved å ha eierandeler i selskaper kan staten ha mulighet til å påvirke selskapene til å gjøre andre ting enn det som private aksjeeiere ville valgt sett ut fra et verdiskapningshensyn. Det er således to konkurrerende hensyn i statens eierskapspolitikk, de kommersielle interessene på den ene side og de bredere samfunnsinteressene på den annen side. Balansen av disse hensynene skal i denne avhandlingen ses opp mot eventuelle EØS-rettslige skranker.

1.2 Ulike årsaker til statens eierskap

Dette lille sitatet kan muligens anses for å oppsummere det hele: ”Den norske staten har brukt aksjeselskapsformen som organisatorisk virkemiddel i ulike faser, og også under oppbyggingen av den offentlige forvaltningen og den samfunnsmessige infrastrukturen i forrige århundre”.⁴

Årsakene til statlig eierskap er mange.⁵ Ved siden av målet om verdiskapning på lang sikt, er det flere ulike begrunnelser for hvorfor staten går inn som markedsaktør. Håndteringen av bankkrisen på slutten av 1980 tallet og begynnelsen av 1990 tallet, der Statens banksikringsfond ble opprettet for å hjelpe en rekke større banker til å overleve etter at egenkapitalen var borte, medførte at staten overtok og også på sikt har blitt sittende som storeier av bankaksjer, selv om de har solgt seg noe ned etter hvert. Staten sitter fortsatt på

³ Mer om sidene ved dette kan leses i Arnesen og Graver, *Rettslige sider ved Norges EU-rettede avtaler*.

⁴ Se Sand, *Styring av kompleksitet*, s. 441.

⁵ For en utfyllende redegjørelse, se eksempelvis NOU 2004: 7, kap. 2 og St. meld. nr. 13, 2006-2007, kap. 2.

34 % i DnB NOR-konsernet, hvilket skyldes ønsket om verdiskapning og å sikre at sentrale finansinstitusjoner blir værende i Norge.⁶

Strategiske årsaker begrunner hvorfor staten engasjerer seg i forsvarsindustrien. Sikkerhetspolitiske og beredskapsmessige hensyn lå bak da staten gikk inn på eiersiden i Raufoss Ammunisjonsfabrikker. Statens eierskap i Nammo AS og Kongsberggruppen ASA har samme årsak.⁷

Ønsket om å sikre nasjonal styring med Norges store naturressurser og deres enorme avkastning er årsaken til statens eierskap i Statoil. En anerkjennelse av at myndigheter og oljeselskaper på noen områder kan ha motstridende interesser, gjør at staten ønsker å bruke eierposisjonen sin til å påvirke hvordan de store ressursene bør forvaltes.⁸

Tradisjonelt har distriktspolitiske hensyn vært en av hovedårsakene til statlig eierskap fordi etablering og drift av en virksomhet kan bidra til sysselsetting og bosetting og som en konsekvens av dette, også økt næringsvirksomhet for øvrig. Steder som før var avhengig av få hjørnesteinsbedrifter, utvikler seg etter hvert til å bli sterke industrisamfunn, slik som Kongsberg og Raufoss.⁹

Mangelen på norsk privat eierkapital førte til at staten over tid har gått inn med finansiell tyngde i norsk næringsliv. Utviklingen gjør at det ikke lenger er nødvendig i like stor grad, da den private kapitalen har økt kraftig i de senere tiår, slik at det private eierskapet har blitt sterkere. I de siste årene har utenlandske investorer i økende grad vært aktive på Oslo Børs, det viser at norske selskaper, eiet av staten eller ikke, er attraktive investeringsmål.¹⁰

⁶ Se St. meld. nr. 13, 2006-2007, s. 81.

⁷ Se St. meld. nr. 13, 2006-2007, s. 9. og Arnesen og Graver, *Rettslige sider ved Norges EU-rettede avtaler*, s. 180.

⁸ Se St. meld. nr. 13, 2006-2007, s. 9.

⁹ Se St. meld. nr. 13, 2006-2007, s. 9.

¹⁰ Se St. meld. nr. 13, 2006-2007, s. 14.

1.3 Avgrensninger

For det første avgrenses det i oppgaven mot skillet mellom det såkalte ”direkte” statlige eierskapet og det ”indirekte”. Et eksempel på ”indirekte eierskap” er det eierskapet som staten har gjennom Folketrygdfondet, mens det ”direkte eierskapet” er Nærings- og handelsdepartementets eierskap i Norsk Hydro ASA. Spørsmålet om identifikasjon mellom disse to eierne, som begge er underlagt statlig innflytelse og i hvilken grad dette kan forsterke innflytelsen i selskapet i ytterligere grad, vil ikke bli behandlet som et tema i oppgaven. Ved statlig eierskap refereres for enkelthets skyld til eierandelene som eies av departementene.¹¹

For det andre avgrenses det mot konkurransereglene, da fokus ligger på statens eierskap og dets bruk av innflytelse rettet mot de fire friheter. Markedsøkonomien ønsker å oppnå den ideelle allokeringen av varer og tjenester i samfunnet, og konkurransereglene skal forsøke å sikre at markedet fungerer effektivt, slik at reglene også vil ramme de tiltak som begrenser konkurransen til skade for markedets funksjon. Her er det klart mange temaer som vil ligge i grenseland når jeg ser på statens ulike tiltak i kraft av dominans. Det er av interesse å se på hvordan en slik dominans kan tenkes å sette rammer for selskapenes handlefrihet i fellesskapets frie flyt av varer og tjenester.

For det tredje avgrenses det mot hvilke rammer den generelle selskapsretten setter for etablering og bruk av statlig eierskap, som ikke kommer opp i forbindelse med de problemstillingene EØS-retten bringer med seg.

For det fjerde avgrenses det mot EØS-rettslige bestemmelser om nødvendigheten av tydelige skiller mellom statens ulike roller. EØS retten kan stille krav til skillet mellom

¹¹ Se NOU 2004: 7, s.25, hvor avgrensingen foretas også av Statseierskapsutvalget. Folketrygdfondet forvalter betydelige summer verdt i aksjer. Siktemålet er verdiskapning, men ikke utøvelse av et aktivt eierskap.

eier- og regulatorrollen, slik som for eksempel i telesektoren, som har vært gjenstand for særlig regulering gjennom direktiver fra EU. Direktivene pålegger statene å legge reguleringen til en annen del av forvaltningen enn den delen som opptrer som eier. Jeg skal imidlertid kun forholde meg til rollen staten har som eier.

1.4 Den videre fremstilling

I avhandlingens Del 2 vil jeg se nærmere på hvordan en statlig innflytelse i et selskap kan være en restriksjon etter EØS-avtalens regler om fri bevegelse av kapital. Jeg vil belyse dette med enkelte dommer fra EF-domstolen, som har til felles at statene hadde forbeholdt seg en såkalt ”gylle aksje”, som ga dem særlige rettigheter som aksjonær. Så vil jeg se på om en eierandel i seg selv kan tenkes å utgjøre en restriksjon. Vurderingen vil bestå i å se på momenter som kom frem i sakene om de gylne aksjene, og se om det er likhetstrekk med den generelle eierandel staten har her i Norge. Her kommer jeg frem til at en eierandel skaffet til veie ved oppkjøp av aksjer eller ved privatisering ikke kan utgjøre en restriksjon etter fellesskapsretten.

I Del 3 ser jeg på hvordan staten bruker innflytelsen i selskaper og om EØS-retten setter noen skranker for bruken. Det er nødvendig å se på dette i lys av EØS-rettens bestemmelser om offentlige foretak, som skaper en plikt for statene gjennom sine eierskap til å være i overensstemmelse med bestemmelsene om de fire friheter. Bestemmelsen om offentlig foretak belyses best ut fra rettspraksis fra EF-domstolen, slik at dommene som er tatt med er hentet fra konkurranseretten, så vel som dommer angående bevegelsesfriheten for varer og tjenester, da de alle er interessante fordi de har uttalelser om offentlige foretak. Videre har jeg tatt for meg ulike statlige tiltak i kraft av at staten har dominans. Mye er hentet fra regjeringers eierskapsmeldinger, som tilkjenner hva staten ønsker med sitt eierskap.

Hvordan staten etablerer og opprettholder dominans trekkes frem i Del 4, slik at spørsmålet blir om EØS-rettens regler begrenser statens handlefrihet i dette henseende. Her vil jeg forsøke å belyse ved å se på situasjoner som at staten kjøper seg opp i et selskap eller selger seg ned. Forholdet til forkjøpsrett vil også nevnes kort.

Avslutningen baseres på en oppsummering av de resultater av undersøkelsene som i større eller mindre grad har vært mulig å klargjøre gjennom avhandlingen.

2 Innflytelse som restriksjon

2.1 Innledning

EØS-avtalens art. 40 bestemmer at det ikke skal være noen restriksjoner på overføring av kapital innenfor EØS-området. Reglene følger dels av bestemmelsene i avtalens hoveddel og dels av det såkalte kapitalliberaliseringsdirektivet.¹² EUs tilsvarende bestemmelse er art. 56, 1, EF, som regulerer den frie bevegelsen av kapital mellom medlemsstatene innbyrdes og mellom medlemsstatene og tredjeland. Den fastsetter at alle restriksjoner for kapitalbevegelser mellom medlemsstatene innenfor fellesskapet og mellom medlemsstatene og tredjeland, er forbudt.¹³ EF-domstolen har for ordens skyld uttalt at EØS-avtalens forbud mot restriksjoner for kapitalbevegelser og forskjellsbehandling er identiske med de regler som i fellesskapsretten gjelder for forholdet mellom EUs medlemsstater.¹⁴

Etter EF-domstolens praksis utgjør det en restriksjon for de frie kapitalbevegelser når et nasjonalt tiltak kan avholde medlemsstatenes borgere fra å ta opp lån eller foreta

¹² Rådets direktiv 88/631/EØF, inntatt i Vedlegg XII, som regulerer det nærmere omfanget av kapitalfriheten.

¹³ Traktaten selv definerer ikke begrepene kapitalbevegelser og betalinger, men det er sikker rett at kapitalliberaliseringsdirektiv 88/361/EØF av 24. juni 1988 sammenholdt med nomenklaturen i direktivets bilag gir en veiledning av termen "kapitalbevegelse".

"Kapitalbevegelse" omfatter to ting. Det ene er direkte investeringer ved erverv av kapitalinteresser i en virksomhet i form av aksjer, som gir en mulighet for å delta i driften av og kontrollen med selskapet. Det andre er erverv av verdipapirer som handles på kapitalmarkedet med det ene formål å investere uten å ville oppnå innflytelse på virksomhetens drift og kontrollen med den, såkalte porteføljeinvesteringer, se sak nr C-367/98, *Kommisjonen mot Portugal*, premiss 37, jfr sak C-222/97, *Trummer og Mayer*, premiss 20 og 21.

¹⁴ Jfr. sak C-452/01, *Ospelt*, premiss 28.

investeringer innad fellesskapet.¹⁵ Det har videre vist seg at et krav om en forutgående tillatelse for investeringer er en restriksjon.¹⁶ De forente sakene C-282/04 og C-283/04, Kommisjonen mot Nederland, omhandlet denne problemstillingen og er følgelig av betydning fordi de fastslår at en gyllen aksje er en restriksjon på den frie bevegelse av kapital. Imidlertid er det ingen tradisjon for bruk av aksjer med særlige rettigheter i Norge, men det er noen premisser i dommen som kan antas å ha videre betydning for de norske forhold.

2.2 Nærmere om den gyldne aksjen

EF-domstolens dom mot Nederland er en av flere avgjørelser som dømmer statene for brudd på traktatens kapitalregler i forhold til opprettholdelsen av såkalte "Golden Shares". I korte trekk dreier det seg om statlige tiltak laget for at statene kan utøve en slags veto rett i privatiserte selskap. Denne veto retten er knyttet til en særlig aksje som staten har forbeholdt seg da selskapet ble privatisert, og som er spesielt regulert i et eget punkt i selskapenes vedtekter. I saken mot Nederland gir denne aksjen rett for staten til å blokkere viktige beslutninger tatt av generalforsamlingen, det være seg eksempelvis beslutning om fusjon, fisjon, nedsalg eller endring av vedtektene. Aksjen overstyrer således gyldige avstemninger i selskapets høyeste organ. Slike statlige tiltak er etter EF-domstolens avgjørelser, egnet til å virke negativt på samhandelen innenfor EU, og derfor utgjør den en restriksjon. Det er særlig to premisser som har betydning for de norske forholdene.

For det første gir aksjen som sagt den nederlandske stat rett til en forutgående godkjenning av viktige driftsmessige beslutninger. Et eksempel er at staten må godkjenne en beslutning om å endre selskapets formål eller en beslutning om å fusjonere med et annet selskap. Andelen staten eide var kun 20 % i det ene, og 35 % i det andre selskapet. Staten har derfor en innflytelse på driften av selskapet som ikke er samsvarende med deres eierandel i selskapet. Derfor har de en større mulighet til å styre enn det de hadde hatt mulighet for kun ved bruk av sin stemme på generalforsamlingen. I tillegg begrenser det de øvrige

¹⁵ Jfr. sak C-222/97, Trummer og Mayer og sak C-439/97, Sandoz.

¹⁶ Eksempelvis se sak C-54/99, L'Église Scientologie, og sak C-302/97, Konle.

aksjonærenes innflytelse i forhold til størrelsen på deres eierandel, ved at de får mindre innflytelse enn deres samlede andeler tilsier.

For det annet uttaler EF-domstolen videre at det kan være en mulighet for at staten utnytter sin særrett til å ivareta interesser som ikke er samsvarende med virksomhetens økonomiske interesser. Konsekvensen av dette er å gjøre unntak ved den demokratiske tanken som ligger til grunn for bestemmelsene om generalforsamling og flertallsvedtak.¹⁷ Domstolen bruker ikke argumentet om aksjedemokrati i sin begrunnelse, men det er trolig det som ligger til grunn for deres argumentasjon, i tillegg til det mer åpenbare hensynet til å sikre det som er selskapets økonomiske interesser. Hensynet til bedriftsøkonomisk lønnsomhet ligger som oftest til grunn for et selskaps beslutninger om å foreta seg noe eller ikke. Domstolen legger vekt på at det ikke kan utelukkes at staten kan bruke sin gylne aksje til å blokkere slike beslutninger, hvorpå dette kan gå ut over de økonomiske selskapsinteressene i særlig stor grad. I tilslutning til dette argumenterte generaladvokaten i sin forslag til avgjørelse med at når en medlemsstat vedtar å privatisere et selskap, krever de frie kapitalbevegelesene at selskapets økonomiske uavhengighet sikres. Dette gjelder med mindre det foreligger et behov for å beskytte grunnleggende offentlige interesser slik de er anerkjent i fellesskapsretten, som hensynet til beskyttelsen av den offentlige orden og sikkerhet.¹⁸ Dersom kontrollen utøves gjennom andre kanaler enn de normale markedsmekanismer mener generaladvokaten at statlig kontroll av et privatisert selskap

¹⁷ Prinsippet om aksjeeierdemokrati innebærer at aksjeeierne kan treffe beslutninger om og valg av styret gjennom en flertallsbeslutning på selskapets generalforsamling. I dette ligger også beslutningen om å holde styret og selskapets ledelse fra hverandre, som kan være nødvendig for å oppnå en god eierstyring, og for å tiltrekke investorer til virksomheten. Prinsippet er hjemlet i aksje- og allmennaksjeloven § 5-17 og omtalt i Woxholth, *Selskapsrett*, s. 56.

¹⁸ Hensynene innbefatter normalt også hensynet til folkehelsen, men som er mindre aktuelt her i forbindelse med kapitalreglene. Disse hensynene fremgår ikke av reglene om fri flyt av kapital i EØS lovgivningen, men det er på det rene at hensynene kan unnta fra reglenes anvendelse her, som på de andre områdene for fri bevegelighet. Dette fremgår av Rdir. 88/361/EØF, som supplerer bestemmelsen. I art. 4 i direktivet er statene gitt en vid adgang til å treffe "nødvendige tiltak", videre enn de lovbestemte unntak i de øvrige fire friheter. Se Sejersted m.fl., *EØS-rett*, s. 274.

skal være knyttet til de aktiviteter av allmenn økonomisk interesse som selskapet utøver. Uttalelsen mener å støtte opp under prinsippet om virksomhetens beslutningsfrihet.¹⁹

2.3 Eierandel som grunnlag for innflytelse – kan det utgjøre en restriksjon?

2.3.1 Innledning/ Problemstilling

Problemstillingen i det videre er om en eierandel i seg selv kan utgjøre en restriksjon. Tatt i betraktning at det i Norge ikke er praksis for "Golden Shares" slik det har vært nedover på kontinentet, ligger fokuset på den generelle eierandelen staten har.

Den frie bevegelse av kapital fordrer en grenseoverskridende økonomisk aktivitet. Kravet til det grenseoverskridende elementet har likevel blitt lagt mindre vekt på av EF-domstolen over tid.²⁰ Aksjemarkeder er internasjonale markeder hvor kjøp av en aksje gjøres uavhengig hvor eieren kommer fra. Dette er tilstrekkelig for å fastslå at et eierskap kan være grenseoverskridende, og dermed kan det statlige eierskapet ha en konsekvens.

2.3.2 Betydningen av eierandelens natur

En restriksjon forutsetter offentlig myndighetsutøvelse. Offentlig myndighetsutøvelse er per definisjon det myndighetene kan gjøre delegert ved lov. Men foreligger det offentlig myndighetsutøvelse når staten har innflytelse i egenskap av å eie selskaper? Hvorfor dette er av betydning er nettopp at forbudet mot restriksjoner, i situasjoner hvor det ikke er offentlig myndighetsutøvelse, ikke er direkte anvendelig.

¹⁹ Prinsippet kommer frem i saken C-503/99, *Kommisjonen mot Belgia*, premiss 49. Saken er den eneste som ledet til frifinnelse av staten, fordi den nasjonale ordningen var en etterfølgende innsigelsesordning og ikke en forhåndsgodkjenning av beslutningene som tas i selskapet. Ordningen overholdt derfor prinsippet om respekt for virksomhetens beslutningsfrihet.

²⁰ Se Sejersted m.fl., *EØS rett*, s. 280.

Spørsmålet ble problematisert i sak C-98/01, Kommisjonen mot Storbritannia, hvor staten hadde forbeholdt seg retten til å forhåndsgodkjenne viktige beslutninger i selskapet British Airports Authority, BAA. Dette var nedfelt og regulert i selskapets vedtekter. Staten argumenterte med at opprettholdelsen av den gylne aksjen fulgte av den nasjonale selskapsretten og angikk derfor alle selskaper som hadde ulike aksjeklasser. Således kunne medlemsstatene fritt utøve økonomisk virksomhet på lik linje med private, så lenge de holdt seg innenfor rammene av privatrettslige kontrakter. Av den nasjonale loven om BAA fremgikk det derimot at det omtvistede selskaps vedtekter skulle godkjennes av Secretary of State, noe som ikke fulgte av selskapsretten, men var et klart uttrykk for utøvelse av offentlig myndighet.²¹ Domstolen viser en klar holdning til at det er måten innflytelsen er skaffet på som avgjør om det har karakteristikk av offentlig myndighet.

Av interesse er også generaladvokatens forslag til avgjørelse i saken mot Nederland, hvor det stilles som et eget rettsspørsmål hvorvidt art. 56, EF kommer til anvendelse på staten, når den handler som markedsaktør.²² Den nederlandske stat anførte at staten eide aksjene i egenskap av å være en privat aksjonær, og ikke som offentlig myndighet. Fordi selskapslovgivningen ga mulighet for å ha slike aksjeordninger, hadde staten utnyttet denne muligheten som alle andre private andelseiere og anså seg derfor ikke som ansvarlig. Generaladvokaten på sin side var helt uenig i denne anførselen, som vektla viktigheten av at medlemsstatene overholder sine forpliktelser til fellesskapet, ”uansett hvilken hatt de har på” – den offentlige eller den privatrettslige. Han argumenterte med at medlemsstatene er underlagt bestemmelsene om fri kapitalbevegelse i kraft av å være signatarstater, ikke bare som offentlig myndighet. Derfor kan medlemsstatene som markedsaktør være underlagt begrensninger etter EØS, som ikke gjelder for andre markedsaktører. Med andre ord blir det lagt til rette for et bredt nedslagsfelt for statene for når de er å anse som

²¹ The Airports Act av 1986.

²² Se sak C-282/04 og C-283/04, Kommisjonen mot Nederland - generaladvokatens forslag til avgjørelse, fremsatt den 6.april 2006, premiss 20 flg.

pliktsubjekter etter EØS-rettens kapitalregler. Selve dommen på sin side fastslår at aksjene må anses som statlige tiltak, uten å gå mer inn på spørsmålet.²³

Problematiseringen kan trekkes videre. Når staten er eier, handler den jo i egenskap av sitt eierskap. Spørsmålet blir derfor om og hvordan forbudet mot handelshindringer kommer til anvendelse når det ikke er utøvelse av offentlig myndighet, men det offentliges eierskap?

Hvorvidt en eierandel i seg selv kan sies å være en restriksjon, dreier seg om på eierandelens natur. Det er av betydning på hvilken måte eierandelen ble skaffet. I ”golden share” avgjørelsene ble eierandelen skaffet ved at staten forbeholdt seg retten til dem ved en privatiseringsprosess, og videre nedsatte bestemmelser i lov og forskrift om hvordan innflytelsen skulle benyttes. Videre ble det nedtegnet i de ulike selskapenes vedtekter de nødvendige bestemmelser rundt den særlige retten i selskapet den gylne aksjen ga staten. Den gylne aksjen blokkerte muligheten for et to tredelers flertall å endre vedtektene.

En offentlig eierandel følger av erverv av aksjer på lik linje med alle investorer, dette er utslag av to situasjoner: oppkjøp eller privatisering. Begge er vanlige markedsmessige tilpasninger. Oppkjøp er ofte et resultat av et ønske om å holde norske bedrifter på norsk jord, dvs. med norske eiere. Privatisering skyldes ofte ønsket om å fremme konkurransen og effektiviteten innen en sektor. Dette er én av flere mulige forklaringer, men måten innflytelsen skaffes på er den samme som for alle andre investorer, gjennom aksjeerverv på børs til en gitt markedspris.

Konklusjonen er at en offentlig eierandel i seg selv ikke er en restriksjon.

²³ Se sak C-282/04 og C-283/04, Kommisjonen mot Nederland, premiss 22.

3 Bruken av innflytelse

3.1 Hvorfor er staten eier?

3.1.1 Eierskap i styringsøyemed

Eierskap er kun ett av mange ulike virkemidler staten har til rådighet for å styre samfunnet slik at det ivaretar de hensyn og verdier som myndighetene anser for å være viktige.²⁴ Slike hensyn kan for eksempel være å føre en forsvarlig ressurs- og miljøpolitikk, fordi det angår hele samfunnet og medfører store verdier for hele befolkningen. Fordi alt det staten forvalter i sin myndighetsutøvelse er ansett som hele befolkningens verdier, er det også naturlig at den i egenskap av eier forventer at selskapene gir sitt bidrag til samfunnet gjennom å være ledende i å utvise samfunnsansvar. En slik middel-mål-vurdering over hvilke(t) virkemidler som er best egnet i den enkelte situasjon er nødvendig å foreta fortløpende i all politikk, og henspiller videre på en vurdering av forutsetningene for at maktmiddelet skal kunne få sin ønskede effekt. Dette vil bero på blant annet hvilket virkemiddel som er mest egnet avhengig av hvem som er målgruppen for virkemiddelet.²⁵

3.1.2 Generelt om målsetninger ved eierskap

Eierskap er en type direkte styring fordi staten har innflytelse i foretaket. Gjennom en slik innflytelse har staten gode påvirkningsmuligheter og derfor gode muligheter for å realisere eventuelle målsetninger med eierskapet.

Staten kan ha ulike mål med eierskapet. Statseierskapsutvalgets konklusjon i NOU 2004:7 var at det var av stor betydning at staten hadde klare mål. Slik bidras det til en effektiv målrealisering for staten som eier og klare mål gjør det lettere å vurdere selskapets resultater. Videre gir økt kunnskap om en dominerende eiers mål et enklere strategiarbeid

²⁴ Virkemidler staten tar i bruk for å styre våre handlinger i det som er den ønskede retning, kan være av normativ og økonomisk karakter. Myndighetene kan velge å nedlegge forbud eller påbud, eller de kan velge å illegge oss skatter, avgifter eller gi oss subsidier, alt etter hva de måtte anse som hensiktsmessig i det aktuelle tilfellet. En klassisk fremstilling om dette emnet er Eckhoff, *Statens styringsmuligheter*, se s. 12 og kapittel 2.

²⁵ Se Eckhoff, *Statens styringsmuligheter*, s. 12.

for selskapene i saker som krever eiers medvirkning. Uklare mål kan på den annen side føre til at staten blir tillagt mål den ikke har som aktør i kapitalmarkedene. For eksempel kan en uttalelse i media fra en profilert politiker skape forvirring og usikkerhet blant selskapets andre aksjonærer. Derfor er en klargjøring av målene med eierskapet viktig, slik at det kan føre til at selskapene blir mer attraktive som partnere eller for andre investorer. Tanken er at dette igjen kan føre til at selskapet får mer positive verdivurderinger og lavere finansieringskostnader, ved at markedet føler at de vet hva de har å forholde seg til. Politiske enkeltutspill som ikke er representativt for statens holdning kan skape store uklarheter og er derfor meget uheldige for selskapets egen finansielle plassering i kapitalmarkedet.²⁶

Tidligere var målene kun delt opp i verdimaksimerende, samfunnsmessige og sektorpolitiske mål. For å klargjøre målene med eierskapet på en tydeligere måte, anbefalte Statseierskapsutvalget å dele selskapene med statlige eierandeler opp i fire kategorier.²⁷

”Selskaper med bedriftsøkonomisk verdimaksimering, herunder god industriell utvikling”, har som hovedmål å øke selskaps- og aksjonærverdier. Dette medfører at det ikke er noen grunn til å praktisere en annen forvaltning av eierandelene enn den som anvendes av private forvaltningsmiljøer. I Stortingsmelding nr 13, (2006-2007) er selskaper som det heleide Argentum Fondsinvesteringer AS og Eksportfinans ASA, hvor staten eier 15 %. I disse virksomhetene er det om å gjøre å plassere pengene slik at de gir best avkastning.²⁸ Fondet bidrar til å spre risikoen for tap på en annen måte enn det gjøres i det direkte eierskapet. Eksportfinans ASA vil bidra til å sikre norske eksportbedrifter konkurransedyktige vilkår.

Selskaper med en ”bedriftsøkonomisk verdimaksimering og nasjonal forankring av virksomheten”, vil, som betegnelsen tilsier, sikre en norsk forankring av selskapets

²⁶ En utfyllende vurdering av betydningen av mål er gitt i NOU 2004:7, kapittel 8.

²⁷ Se NOU s. 26.

²⁸ Se NOU, s.26. For fondene gjelder imidlertid etiske retningslinjer for hvor man skal investere pengene.

hovedkontor, og eventuelt norskbasert styre og ledelse. Det vil si at målet er å søke å ivareta interesser som dreier i retning av selskapenes eksistens og lokalisering. Medvirkende i dette er også ønsket om sysselsetting. Som et eksempel på det er det i eierskapsmeldingen for Kongsberg Gruppen ASA fremhevet at målet med statens eierskap er ”å sikre en norsk forankring av selskapet med utgangspunkt i miljøet som er bygget opp på Kongsberg”.²⁹ Også for eierskapet i Statoil ASA er sikring av ”arbeidsplasser og forvaltning av store, norske naturressurser” fremhevet som mål, i tillegg til opprettholdelsen av hovedkontoret i Norge.³⁰ Til tross for at petroleumsvirksomheten i Norge tidligere har vært motivert av ressurs og utvinningshensyn, ble det i St.meld nr. 38 for 2001-2002 Om olje og gassvirksomheten gitt følgende begrunnelse for eierskapet i to av de største selskapene: ”Statens eierandeler i Statoil og Hydro er i dag *primært* motivert ut fra målet om å sikre en nasjonal forankring av selskapene, jf. St.meld. nr. 22 (2001-2002)”.³¹ Kombinert med krav om lønnsomhet, ønsker staten å fremme andre positive ringvirkninger for det aktuelle området hvor virksomheten er situert eller for Norge som en helhet. Eksempler fremhevet i eierskapsmeldingen er også Cermaq ASA og DnBNOR ASA.

Målkategori nr. 3 er ”selskaper som skal bidra til å realisere spesifikt definerte mål, i tillegg til bedriftsøkonomisk verdimaksimering”. Spesifikt definerte mål kan være av ulik karakter og er tatt inn som et eget definert punkt fordi selskapsformer brukes i økende grad som organisering på ulike former for offentlig forvaltning. Dette kan være av den grunn at formen eierskap er beregnet til å være det beste styringselementet, ut fra en vurdering av hvert enkelt tilfelle. Andre vanlige styringsformer vil her være konsesjoner og reguleringer.³² Eksempelvis kan nevnes BaneTele AS, hvor staten eier 50 %. Målet med statens eierskap er blant annet å sikre konkurranse i bredbåndsmarkedet.³³ NSB AS er

²⁹ Se St.meld. nr. 13, s. 83.

³⁰ Se St.meld. nr. 13, s. 88.

³¹ Se St.meld nr. 38, (2001-2002), s. 84. Min utheving.

³² Se NOU 2004:7, s. 82.

³³ Se St. meld. nr 13, s. 93.

heleid og staten ønsker å sikre et godt kollektivtilbud, ved siden av den miljømessige motiveringen av å overføre godstrafikk fra vei til bane.³⁴

Den siste målkategorien er ”selskaper der eierskapet hovedsakelig har andre mål enn bedriftsøkonomisk verdimaksimering”. Sagt med andre ord er dette selskaper med sektorpolitiske formål. Grensen mellom den forrige kategorien og denne er nokså uskarp, men hva angår sektorpolitiske mål kan det argumenteres med at det er et enda større element av statlig styring. Dette er fordi selskaper med slike mål bærer preg av å være et virkemiddel for et bestemt politisk område, ved at staten som eier legger føringer på selskapets drift eller tilbud av tjenester.³⁵ Typisk er at mange av selskapene er heleid av staten.³⁶ Eksempler innenfor denne kategorien er Avinor AS, som skal legge til rette for sikker og effektiv luftfart og som har som mål å blant annet ”å gi publikum sikre, miljøvennlige og gode reisetilbud i alle deler av landet”.³⁷ For å oppnå dette, er behovet for enhetlig styring viktig. Andre eksempler er Gassco AS som er operatør av hele transportsystemet for naturgass på og fra norsk kontinentalsokkel. Gassco har ansvaret for den helhetlige driften av gasstransportsystemet og for å sikre at transport og behandlingsanleggene tjener alle produsentene av gass. Dette bidrar til en samlet effektiv utnyttelse av gassressursene. Formålet med et 100 % statlig eierskap er blant annet å sikre en mest mulig nøytral opptreden i forhold til alle brukerne av rørledningssystemet.³⁸ Andre eksempler er Norsk Rikskringkasting AS som har til formål å tilby blant annet radio og TV til hele Norge og Petoro AS som sikrer en best mulig ivaretagelse av SDØE, Statens Direkte Økonomiske Engasjement innenfor petroleumsutvinning.³⁹

³⁴ Se St. meld. nr 13, s. 97.

³⁵ Se NOU 2004:7, s. 28. Sektorpolitiske mål lå utenfor Eierskapsutvalgets mandat, men for en full redegjørelse av slike selskaper henvises det videre til Sand-utvalgets beskrivelse av slike eierskap, se NOU 2003:34.

³⁶ Se St.meld. nr. 13, 2006-2007, s. 106 flg.

³⁷ Se St.meld. nr. 13, 2006-2007, s.108.

³⁸ Se St.meld. nr. 13, 2006-2007, s. 110.

³⁹ Se St.meld. nr. 13, 2006-2007, s. 117 og s. 121.

Etter EØS-rettslige regler er det ingenting i veien for at staten kan være eier av selskaper, og Eierskapsutvalget fremhever at ulike begrunnelser for statlige eierskap på daværende tidspunkt ikke hadde reist rettslige problemstillinger i forhold til samhandelen.⁴⁰ Det er i det videre interessant å vurdere hvordan de EØS-rettslige bestemmelser virker på bruken av innflytelsen det offentlige har. Før det, er det imidlertid essensielt å se om EØS-retten i det hele tatt legger føringer på det offentliges eierskap. For at reglene om de fire friheter skal komme til anvendelse, må foretaket anses som offentlig.

3.2 Offentlige foretak

Art. 59, 1, EØS lyder som følger: ”Når det gjelder offentlige foretak, eller foretak som EF’s medlemsstater eller EFTA-statene gir særlige eller eksklusive rettigheter, skal avtalepartene avholde seg fra å treffe eller opprettholde tiltak som strider mot reglene i denne avtale, særlig reglene i artikkel 4 og i artikkel 53 til 63.” Den tilsvarende bestemmelsen i EF-traktaten er art. 86, 1, EF. Offentlige foretak er i forhold til vår problemstilling organisert som privatrettslige enheter og oppmerksomheten rettes da mot de forhold som kvalifiserer et slikt rettssubjekt som offentlig foretak. Det skal i det følgende derfor ses nærmere på hva som skal til for at et foretak er offentlig.

Verken EØS-avtalen eller EF-traktaten definerer ”offentlig foretak”, men i Kdir. 80/723, ”Transparensdirektivet”, art. 2, nr 1 b) finner vi det definert som: ”ethvert foretak der offentlige myndigheter direkte eller indirekte kan utøve dominerende innflytelse som følge av eierskap, økonomisk deltaking, eller de regler som gjelder for foretaket”.⁴¹

⁴⁰ Se NOU 2004:7, s. 81. Jeg legger dette til grunn, da jeg ikke har vært i stand til å finne noen avgjørelser på det.

⁴¹ Kommisjonens direktiv begrunnes med at transparens er nødvendig i de økonomiske forbindelsene mellom medlemsstatene og de offentlige foretakene av hensyn til den konkurransemessige utvikling og en større økonomisk integrasjon. Dette gjør det nødvendig med en likebehandling av private og offentlige aktører, som igjen fordrer en klar sonndring mellom statens rolle som offentlig myndighet og som eier. Direktivet er gjengitt i St. prp. nr. 100 (1991-1992), særskilt vedlegg nr. 2, bind 7, s. 153. Direktivet er senere endret ved direktiv 93/84/EØF, men definisjonene ble opprettholdt.

Formuleringen ”regler som gjelder for foretaket”, må forstås som regler som gjelder for det aktuelle selskapet, for eksempel selskapsvedtekter.⁴² Kort sagt defineres et offentlig foretak som en enhet som har en økonomisk eller kommersiell aktivitet og som er kontrollert av en medlemsstat.⁴³ For hva som regnes som ”foretak”, går dette frem av art. 53, EØS og art. 54, EØS og dertil hørende rettspraksis og litteratur.⁴⁴ Det vil ikke bli utdypet nærmere enn hva som til enhver tid er nødvendig for fremstillingen.

Definisjonen i direktivet var i utgangspunktet ment å kun avgrense virkeområdet for direktivet selv, men har utviklet seg til å bli stående som Kommisjonens egen tolkning av begrepet offentlig foretak i art. 59, 1, EØS. For et selskap som eies av staten er det etter Kommisjonens mening, av betydning hvilken ”dominerende innflytelse” staten har i vurderingen av om det er et offentlig foretak.⁴⁵ Ifølge direktivets art 2, nr 2, antas offentlige myndigheter ”å utøve en dominerende innflytelse når de direkte eller indirekte i forhold til foretaket:

- a) eier mer enn halvparten av foretakets tegnede kapital, eller
- b) har mer enn halvparten av de stemmer som er knyttet til andeler utstedt av foretaket, eller
- c) kan utnevne mer enn halvparten av medlemmene i foretakets administrasjons-, ledelses-, eller kontrollorgan.”

Den dominerende innflytelsen er derfor en forutsetning for at det er et offentlig foretak. Rettslig teori støtter opp under Kommisjonen, og mener det avgjørende er om staten kan øve avgjørende innflytelse på de beslutninger som tas i selskapet uten å gjøre bruk av

⁴² Se Arnesen, *Statlig styring og EØS rettslige skranker*, s. 455, da man må kunne anta og kunne anvende lik tolkning.

⁴³ Se Buendia Sierra, *Exclusive Rights and State Monopolies under EC law*, s. 35.

⁴⁴ Se eksempelvis Sejersted m.fl., *EØS-rett* s. 485 flg.

⁴⁵ Se Buendia Sierra, pkt. 1.119.

offentligrettslig reguleringskompetanse.⁴⁶ For å oppsummere, kan man tale om at det foreligger en presumsjon for at alle selskap som passer med direktivets definisjon, er offentlige.

Et naturlig spørsmål er om man på dette grunnlag kan slutte motsetningsvis, at foretak som *ikke* passer med direktivets definisjon, ikke er et offentlig foretak. Dette kan belyses ved sak 188/80, Frankrike m.fl. mot Kommisjonen, hvor definisjonen i direktivet var gjenstand for prøving. Frankrike, Italia, Storbritannia og Nord-Irland gjorde gjeldene at definisjonen av offentlig foretak gikk ut over hva som følger av art 86, EF.⁴⁷ Domstolen fastslo at direktivets definisjon ikke hadde til formål på generelt grunnlag å definere begrepet i art 86, EFs forstand. Definisjonen er således kun veiledende utover det omtalte direktivet. Likevel er det et poeng at tolkningen ble akseptert av EF-domstolen, som fastslo at de stilte seg bak tolkningen for så vidt gjaldt virkeområdet for Transparensdirektivet.

EF-domstolen slo videre fast at bakgrunnen for art. 86, EF var at de offentlige myndigheter har mulighet til å øve innflytelse på de offentlige foretaks beslutninger av forretningsmessig karakter, og som førte til angivelsen av de mulige innflytelseskriteriene i direktivet. Domstolen fastslo at direktivets definisjon ikke gikk ut over den skjønnsbeføyelsen som er tillagt Kommisjonen i medhold av art 86, 3, EF. På bakgrunn av det synes det rimelig å anta at definisjonen er retningsgivende i forhold til hvilke foretak som kan anses som offentlige foretak i art 86, EFs forstand.⁴⁸ Til dette skal det nevnes at direktivets definisjon av offentlig foretak eller hertil lignende definisjoner, er gjentatt i en rekke senere direktiver, som for eksempel anskaffelsesdirektivet og oljedirektivet.⁴⁹ Også det taler for at definisjonen i direktivet i stor grad blir tillagt vekt i avgjørelsen om et selskap er et offentlig foretak.

⁴⁶ Se eksempelvis Buendia Sierra, *Exclusive Rights and State monopolies under EC law* og Finn Arnesen, *Statlig styring og EØS rettslige skranker*.

⁴⁷ Sammenslåtte saker 188-190/80.

⁴⁸ Se premissene 24-26.

⁴⁹ Rådsdirektiv 93/38/EØF og 94/22/EF.

Dersom vi legger definisjonen til grunn ser vi at det i prinsippet er irrelevant om kontrollen blir utøvet eller ikke. Det springende punkt for om det er et offentlig foretak er tilstedeværelsen av kontroll.⁵⁰ Kontrollkriteriet står imidlertid ikke alene, det er i tillegg nødvendig at det foreligger et ”tiltak”. Dette skal ses nærmere på nedenfor i pkt. 3.4. Som vist, er det en presumsjon at aksjeselskaper hvor det offentlige eier en majoritet av aksjene, innehar tilstrekkelig kontroll. Videre kan det også tenkes kontroll dersom det offentlige kun eier en mindre aksjeandel, men som er tilstrekkelig til å kontrollere selskapet.⁵¹ En nærmere analyse av hva som anses som tilstrekkelig og videre i hvilken grad kontrollen må være mulig å utøve er ingen enkel oppgave. Jeg skal forsøke å skissere noen problemstillinger nedenfor. Det er imidlertid viktig å merke seg at skisseringen nedenfor *ikke* er av betydning dersom man allerede har kommet til at selskapet er et offentlig foretak.

Betydningen av størrelsen på eierandelen:

Ulike eierandeler gir ulik innflytelse. En rask gjennomgang av selskapslovgivningen viser at en innflytelse på over halvparten av stemmene sikrer kontroll med beslutninger som krever alminnelig flertall på generalforsamling. Dette er beslutninger som godkjenning av årsregnskap, vedtak om utdeling av utbytte og valg av medlemmer til styret og evt. bedriftsforsamling. Her har aksjonæren en god styring med selskapets virke. Etter definisjonen i Kdir. 80/723, Transparensdirektivet, har man derfor å gjøre med et offentlig foretak.

Dersom en aksjonær har en eierandel på over ni tideler av aksjekapitalen og stemmene i et aksjeselskap, kan aksjonæren tvangsutløse de øvrige aksjonærene i selskapet. Sett i forhold

⁵⁰ Dette er i samsvar med den alminnelige oppfatning av art 86, 1, EF. Se også eksempelvis sak C-482/99, Stardust Marine.

⁵¹ Se Buendia Sierra, s.40, med henvisning videre til Galan Corona, E. La empresa como destinataria de las normas de competencia’.

til problemstillingen i oppgaven er ikke denne eierandelen den mest aktuelle, da staten i sitt eierskap i stor grad har valgt å være eneeier av selskapet.⁵²

En eierandel på over to tredeler av aksjekapitalen sikrer kontroll med beslutninger som krever tilsvarende flertall, jfr. aksjelovgivningen. Viktig er vedtak om endring av et selskaps vedtekter og beslutninger om fusjon eller fisjon og vedtak om oppløsning av selskapet. En slik eierandel vil medføre at staten med sine aksjer har en slags sperrevirkning, ved at vedtektene står fastlåst slik majoritetsaksjonæren ønsker de skal være. Dette gir en innflytelse som både er positiv og negativ. Positiv ved at staten kan ta aktive beslutninger, mens negativ ved at staten har en såkalt veto rett slik at den kan blokkere ulike beslutninger i aksjonærfellesskapet.

På den annen side vil en eierandel på over en tredel av stemmene og kapitalen gi en negativ kontroll med beslutninger som krever to tredelers flertall. Dette har stor betydning for aksjeeiere som ønsker endringer i selskapsstrukturen, for eksempel en endring av vedtektene angående hvor selskapets hovedkontor skal befinne seg eller en omlegging av selskapets virksomhet.⁵³ Med en eierandel på 33,34 % oppnås derfor en vetorett i forhold til å endre vedtekter, slik at man veldig forenklet kan sies å beskytte investeringen, mens en eierandel på 66,67 % oppnår en mulighet til å få gjennomført omlegginger gjennom vedtektsendringer, som også veldig forenklet kan være en mulighet til å foredle investeringen.⁵⁴ En dominerende innflytelse kan altså i noen tilfeller være på kun 33,34 %.

Eksempelvis er statens eierandel p.t. 34 % i DnBNOR ASA. En slik eierandel gir negativ kontroll i selskapets generalforsamling, slik at statens stemmer kan virke blokkerende på beslutninger som krever to tredeler flertall. Dette åpner for en negativ styring gjennom en vetorett, ikke helt ulik den dominansen som skrev seg fra den gylne aksjen, blant annet i Kommisjonen mot Storbritannia, se pkt. 2.3.2. Aksjen ga som sagt retten til å

⁵² Ses ut fra selskapsgjennomgangen i st. meldingene.

⁵³ Se asl/asal §2-2.

⁵⁴ Se Woxholth, selskapsrett, 2.opplag 2005, s. 141.

forhåndsgodkjenne beslutninger tatt i selskapets organer, slik at graden av en vetorett var stor. Det kan nok stilles spørsmålsteget ved om denne veto retten for staten, kan være tilstrekkelig til å hevde at graden av dominans er tilstedeværende. Situasjonen vil også avhenge av andre faktorer.

Man kan tenke seg at graden av å dominere en generalforsamling varierer med hvordan resten av aksjonærfellesskapet ser ut. Dersom staten eier 34 % av aksjene, og de resterende aksjonærene er tallrike, men med små eierandeler, vil dominansen for staten være stor. Annerledes stiller det seg dersom aksjonærene har omtrent like store eierandeler pålydende omtrent 33 % hver. Avgjørende for dominansen er i det tilfellet å stå inne med en av de andre aksjonærene. For vurderingen hvorvidt det foreligger tilstrekkelig dominans, er det avgjørende å legge en funksjonell vurdering til grunn. Det kan på dette grunnlag argumenteres med at det er den samlede graden av kontroll over selskapets høyeste organ som kan være utslagsgivende i denne vurderingen, og ikke kun eierandelen i seg selv. Spørsmålet har jeg ikke kunnet finne en løsning på, verken i litteratur eller i EF-domstolens praksis.

For hva angår styringselementet i en slik vetorett, er det mer som en brems enn en aktiv styringskomponent. En slik negativ kontroll gir mulighet til å motsette seg en endring av for eksempel vedtektene i et selskap, mens det motsetningsvis også gir mulighet til å blokkere et forslag om endring av selskapets vedtekter. Dette kan ha store konsekvenser.

For hva angår EØS-rettslige problemstillinger, vil det stå et krav om at staten bruker denne veto retten uten å forskjellsbehandle, jfr. art. 4, EØS. Som eksempel kan være at veto ikke nedlegges der dette vil ramme nasjonale leverandører av varer eller tjenester, mens den nyttes dersom det var tale om utenlandske varer eller tjenester.

Et spørsmål er om det kan utløse en vetoplikt for staten, dersom det foretas beslutninger i selskapet som strider mot statens forpliktelser etter EØS. Slik fremhevet tidligere i oppgaven, kan passivitet fra det offentliges side, medbringe ansvar for staten etter art 59, 1,

EØS. Dersom det offentlige har mulighet til å avverge et potensielt brudd på EØS-avtalens hoveddel, kan det nok sluttet at de har en plikt til å bruke sin negative innflytelse.

3.3 Statlig kontrollerte selskaper som pliktsubjekt for EØS-avtalens regler

Adressat for reglene om de fire friheter er staten. Det vil si at reglene gir anvisning på at staten skal gjøre eller unnlate noe. Ved at det her ikke er tale om utøvelse av offentlig myndighet, er det art 59, EØS som pålegger plikter for statene for så vidt gjelder offentlige foretak.⁵⁵ Dette kan ses ut fra ordlyden i bestemmelsen, som ikke etterlater mye tvil om hvem som er pliktsubjektet; ”avtalepartene”, eller ”Member States” i den engelske versjonen. Virkeligheten er likevel litt mer kompleks enn som så. For det første er art 59, EØS plassert i kapittelet ”Bestemmelser for foretak”. For det andre er ledd to og tre i bestemmelsen rettet mot visse typer av foretak. Andre ledd, ved at EØS-avtalens regler ikke kommer til anvendelse overfor tiltak som treffes i forhold til dem, forutsatt at angitte vilkår er tilfredsstilt. Tredje ledd inneholder først og fremst særlige håndhevelsesregler.

Ved en nærmere analyse av første ledd ser vi at i tillegg til å direkte ansvarliggjøre medlemsstatene, legges det også til et forbud om å avstå fra å utføre visse aktiviteter gjennom offentlige foretak og foretak med eksklusive rettigheter. På denne måten kan art 59, 1, EØS anses som en bestemmelse som angår visse typer av foretak, selv om den i all hovedsak retter seg mot medlemsstatene.⁵⁶

Hensikten bak art 59, 1, EØS er at den skal sikre at medlemsstatene ikke omgår blant annet diskriminasjonsforbudet i art 4, EØS og konkurransereglene art 53, EØS og art 54, EØS gjennom å ha offentlige virksomheter. Den skal videre sikre at statene ikke skal kunne yte statsstøtte etter art 61, EØS og 62, EØS ved hjelp av direkte eller indirekte økonomiske begunstigelser til slike foretak. Medlemsstatene skal i forhold til offentlige foretak avstå fra

⁵⁵ Se Molde m.fl., EU-Karnov 2001, bind 1, kapittel 19, om offentlige foretak og Buendia Sierra, *Exclusive rights and state monopolies under EC law*, kapittel 1, særlig fra pkt 1.116.

⁵⁶ Se Buendia Sierra, s.131.

tiltak som er i strid med traktatens bestemmelser. Dette innebærer at statene også gjennom sitt eierskap, skal respektere forbudet i de fire friheter.

Selv om et selskap anses for å være et offentlig foretak fordi kontrollkriteriet er oppfylt, er det nødvendig at det foreligger et tiltak som strider mot bestemmelsene i EØS-traktaten.

3.4 "Tiltak"

Etter art 59, 1, EØS skal medlemsstatene "avholde seg fra å treffe eller opprettholde tiltak som strider mot reglene i denne avtale". Tilsvarende bestemmelse finner vi i art 86, 1, EF også. 'Tiltak' er et vidt begrep og har blitt beskrevet av EF-domstolen som "any law, regulation or administrative provision".⁵⁷ Videre er uforpliktende offentlige handlinger også det, jfr, sak 249/81, Kommisjonen mot Irland, den såkalte Buy Irish-saken. En uttalelse fra for eksempel statsministeren eller en annen minister er også omfattet av uttrykket.⁵⁸ Slike tiltak ligger imidlertid utenfor oppgaven.

Dersom det offentlige, direkte eller indirekte, opptrer som aktører i markedet, vil den atferd som utvises i den forbindelse etter omstendighetene kvalifisere som "tiltak" etter art 11, EØS. I tillegg kan bestemmelsen antas å tas til inntekt for å anse medlemsstatene ansvarlig for tiltak i kraft av sitt eierskap, slik at det offentlige er å regne som ansvarlig dersom det er foretaket som handler i strid med EF-traktaten. Dette kan forankres i sak C-243/89, Kommisjonen mot Danmark, hvor Danmark ble dømt for brudd på EF-traktaten art 28, for tiltak truffet av et aksjeselskap eiet av den danske stat. Det forutsettes at vurderingen av tiltak i de to bestemmelsene er basert på de samme momentene.

⁵⁷ Se C-203/96, *Chemische afvalstoffen Dusseldorp BV*, og gjentatt i C-462/99, *Connect Austria Gesellschaft für Telekommunikation GmbH*. Se for øvrig også Arnulf m.fl., *Wyatt and Dashwood's European Union Law*, s.1124.

⁵⁸ Se mer om uttrykket "tiltak" i Buendia Sierra, s. 132.

Det er imidlertid klart at ordlyden i art 59, 1 EØS forutsetter at en annen artikkel også har blitt brutt, slik at det er mange tiltak som kan anses som tiltak, uten at de medfører brudd på EØS-avtalen, jfr. sak C-155/73, Sacchi. Det er således en referanse regel, som må stå i fellesskap med en annen bestemmelse for å komme til anvendelse.⁵⁹ Spørsmålet om den formodentlig kunne anvendes alene, var oppe i sak 188-190/80, Frankrike m.fl. mot Kommisjonen, uten at EF-domstolen tok stilling til det. Det er ikke eksempler på at art 86, 1, EF har blitt påberopt som selvstendig rettsgrunnlag.⁶⁰

Ordlyden tilsier at det er snakk om to forpliktelser. Den ene er statisk, ved at det påligger en forpliktelse til ikke å treffe et tiltak som strider mot traktaten. Den andre er positiv i den forstand at det påhviler medlemsstatene å fjerne de forbudte tiltakene som til et hvert tidspunkt eksisterer. Dette medfører også at staten kan bli ansvarlig dersom de mislykkes i å justere et tiltak i den intensjonen at det skal bli lovlig etter EF-retten.⁶¹ Dette er én type passivitet fra statens side og den mest iøynefallende.

Videre kan det tyde på at det er alminnelig enighet i teorien om at passivitet også på mer generelt grunnlag kan konstituere tiltak i art 86, 1, EF's forstand.⁶² Illustrerende er sak C-41/90, Höfner og Elser, hvor det aktuelle tiltaket var *manglende lovendring*. EF-domstolen fant at dette var et tiltak i strid med art 86, 1, EF. Tilsvarende slo EF-domstolen fast i sak C-243/89, Kommisjonen mot Danmark, hvor det stridende var manglende fjerning av en klausul som ble antatt å kunne legge føringer i forbindelse med en anbudskonkurranse. Myndigheters *manglende inngripen* kan også konstituere tiltak, slik som i sak C-265/95, Kommisjonen mot Frankrike. Frankrike ble dømt for brudd på traktaten for å ha unnlatt å "træffe alle nødvendige og adekvate foranstaltninger" mot en privat landbruksorganisasjon som prøvde å tvinge grossister og detaljister av frukt og grønnsaker til kun å kjøpe inn franske produkter. Passivitet overfor private aksjoner og demonstrasjoner mot import og

⁵⁹ Om "Reference Rule", se Buendia Sierra, s. 140 flg.

⁶⁰ Se EU Karnov, kapittel 19, pkt 2.1.

⁶¹ Se Craig and de Búrca, *The Evolution of EU law*, s.1064.

⁶² Se Arnesen, *Statlig styring og EØS-rettslige skranker* s. 461.

eksport kan således sette staten i traktatbrudd, riktignok etter ”tiltak” i art 11 og 12, EF’s forstand.⁶³ Teorien fremhever likevel at det nok må kunne kreves ”en viss form for vedvarende praksis eller unnfallenhet”, da et enkeltstående tilfelle av unnlatelse neppe er tilstrekkelig.⁶⁴

Teorien har tatt til ordet for at ansvaret etter art 86, 1, EF ikke bare forutsetter en positiv handling fra medlemsstaten selv, slik at også passivitet i et selskap kan føre til ansvar. Det er fremholdt at det er tilstrekkelig at et offentlig foretak, (eller et foretak med en særlig eller eksklusiv rettighet), har gjort seg skyldig i overtramp, som for medlemsstatens del er i uoverensstemmelse med traktatens bestemmelser.⁶⁵ I en slik situasjon er medlemsstaten forpliktet til å utføre alle de nødvendige skritt for å gjenopprette situasjonen.⁶⁶ I dette ligger nok en begrensende faktor, slik det går frem av den såkalte Marine Stardust-dommen, sak C-482/99, Frankrike mot Kommisjonen. EF-domstolen uttalte at ”selv om staten nemlig er i stand til at kontrollere en offentlig virksomhet og udøve en dominerende indflydelse på dennes transaksjoner, er der *ikke uden videre formodning for, at den faktisk udøver denne kontrol i et konkret tilfælde*. En offentlig virksomhet kan handle mer eller mindre uafhængigt alt efter graden af den autonomi, staten giver den.”... ”*Den omstændighed, at en offentlig virksomhed er undergivet statslig kontrol, er derfor ikke i seg selv tilstrækkelig til at tilregne staten de af den trufne foranstaltninger, såsom finansiell støtte*. Det er også nødvendigt at undersøge, om de offentlige myndigheder på den ene eller den annen måde må anses for å være impliceret i vedtagelsen af disse foranstaltninger”.⁶⁷ Dommen gjaldt statsstøttereglene, men den kan antas å ha verdi for tolkningen av art 59, 1, EØS.

⁶³ Se tilsvarende dom C-112/00, Schmidberger.

⁶⁴ Se Sejersted m.fl. *EØS-rett*, s.298.

⁶⁵ Se Arnulf m.fl., *Wyatt and Dashwood’s European Union Law*, s. 1125.

⁶⁶ Dette medfører at dersom ikke medlemsstaten har de nødvendige skritt, kan Kommisjonen gjennom art 86, 3, EF kreve at disse blir tilveiebrakt.

⁶⁷ Premiss 52. (Min utheving)

Statstøtteproblematikken er i forlengelsen av offentlige foretaks virkeområde, slik at uttalelsene i dommen må kunne antas å ha overføringsverdi.

På bakgrunn av dette, er det ikke en presumsjon at ethvert tiltak skyldes statens dominans. Videre kan det se ut som det er av betydning hvilken befatning medlemsstaten har hatt med det aktuelle tiltaket, og i hvilken grad det har vært mulig for staten gjennom sitt eierskap å påvirke et utfall i det aktuelle offentlig foretak.

3.5 Ulike statlige tiltak i kraft av dominans

3.5.1 Innledning

EØS-reglene etablerer en markedsadgang for foretak. Når et foretak er etablert i et marked, vil det ha en dobbeltrolle. Dels vil foretaket etterspørre kapital, varer, tjenester og arbeidskraft, og dels vil foretaket tilby produkter som varer og tjenester.⁶⁸ Situasjonen tilsier at det er viktig å skape så gode muligheter som mulig for å sikre foretaket tilgangen på begge behov. Derfor er et av hovedmålene til EF-traktaten, i likhet med EØS-avtalen, vært å tilrettelegge et marked som kan sammenlignes med et såkalt hjemmemarked. Grovt sett har dette karakteristika av at det er likegyldig hvor i markedet en vare stammer fra, så lenge den befinner seg innenfor det aktuelle marked og tilfredsstiller de krav som stilles til den aktuelle varetypen.⁶⁹ Dersom adgangen til markedet er etablert og man har overvunnet eventuelle hindringer på veien, er det foretakets handlinger i markedet som kan skape begrensninger i den frie bevegelsen av varer, tjenester, personer og kapital. Dette er særlig interessant sett i forhold til at offentlige foretak er bundet av reglene om de fire friheter. Spørsmålet er derfor om selskapene hvor staten er eier kan foreta de samme beslutningene og handlingene som et selskap med bare private aksjonærer. Legger det at staten har en eierandel føringer på hvilke hensyn som kan tas i betraktning ved en avgjørelse?

⁶⁸ Se Arnesen og Graver, *Rettslige sider ved Norges EU-rettede avtaler*, s. 103.

⁶⁹ Les mer om reguleringen av adgangen til markedet i Arnesen og Graver, *Rettslige sider ved Norges EU rettede avtaler*, s. 103 flg.

Den videre fremstilling vil forsøke å belyse enkelte temaer som er viktige i statens eierskap, jfr. eierskapsmeldingen og aktuelle saker som har vært oppe i media. Det er imidlertid få avgjørelser av EF-domstolen vedrørende et offentlig foretaks utøvelse av eierskap. De fleste dommene dreier seg om tilfeller hvor offentlig myndighetsutøvelse er lagt til grunn for de særskilte tiltak, slik at de ikke er særlig relevante for de aktuelle tiltakene det skal ses nærmere på i dette avsnittet.

For det første forutsetter det at staten har dominans i selskapet. Art 59, 1, EØS forutsetter at staten har dominerende innflytelse, slik vi har sett i pkt. 3.3 overfor, utgjør disse selskapene pliktsubjekter etter reglene om de fire friheter.

3.5.2 Om samfunnsansvar – etikk utad og innad selskapet

3.5.2.1 Innledning

Ofte ønsker det offentlige at selskapene er flinke til å gå foran som et godt eksempel. Gjennom sin dominerende innflytelse har de muligheter til å påvirke selskapet om hvordan de ønsker at selskapet skal fremstå utad. Gjennom regjeringenes eierskapsmeldinger gir staten uttrykk for hvilke hensyn og verdier de anser for å være viktige i sin eierskapspolitikk. Det følgende er problemstillinger som har vært trukket frem i den siste eierskapsmeldingen, Stortingsmelding nr. 13, 2006-2007.

Å vise samfunnsansvar, betyr ifølge eierskapsmelding nr.13, 2006-2007 at selskapene forholder seg aktivt og åpent til alle som har legitime interesser knyttet til virksomheten. Hovedoppgaven er å ivareta selskapets interesser, som innebærer å drive lønnsomt, men dersom virksomheten i tillegg klarer å gi et positivt bidrag til samfunnet, utvises det samfunnsansvar. Samfunnsansvaret kan gå i mange ulike retninger,⁷⁰ men hovedpoenget er at staten forventer at selskapene de eier skal være om seg og se og benytte seg av mulighetene for å gjøre en innsats.

⁷⁰ Eksempler er forskning, kompetanseoppbygging, miljøhensyn, HMS, samfunnssikkerhet og arbeid mot korrupsjon. Se St.meld. nr.13, 2006-2007, for en generell redegjørelse, s. 49 flg.

3.5.2.2 Miljøhensyn

En sentral bekymring er for eksempel miljøet og skadevirkninger av selskapers virksomhet på dette. Et naturlig spørsmål er derfor om EØS-reglene er til hinder for at staten kan pålegge selskapet å opptre særlig miljøvennlig?

Etter EØS-avtalens preambel pkt. 9 er avtalepartene ”bestemt på å bevare, verne og forbedre miljøets kvalitet og sikre en forsiktig og fornuftig utnyttelse av naturressursene”. Avtalen tar videre i betraktning kjente prinsipper lagt til grunn også i andre folkerettslige avtaler, som prinsippet om bærekraftig utvikling, føre var-prinsippet og prinsippet om forebyggende tiltak.⁷¹ Videre er det regulert i art. 73-75, EØS. Art. 73, EØS fastsetter formålet for avtalepartenes virksomhet på miljøområdet. Art. 74 henviser videre til vedlegg XX som inneholder særlige bestemmelser om vernetiltak, mens art. 75, EØS sier at medlemsstaten gjerne kan opprettholde eller innføre strengere tiltak enn det som går frem av vedlegget. Eneste forbehold er at tiltaket må være i overensstemmelse med reglene i EØS-avtalen.

På grunnlag av dette, antar jeg at det ikke byr på problemer i forhold til avtalen dersom staten som eier pålegger selskapet å opptre særlig miljøvennlig. Pålegget innebærer ingen særskilte tiltak som kan ramme samhandelen innenfor EØS-fellesskapet, slik at det er mer som en oppfordring til å være seg ansvaret bevisst. Dette er en del av et større spørsmål, nemlig utøvelse av samfunnsansvar, og er en stor motivasjonsfaktor bak hvorfor staten engasjerer seg gjennom eierskap.⁷² Dominans gir mulighet til å forlange at selskapet tar samfunnsansvar. Det er forventet både av regjering og samfunnet ellers, at alle selskaper tar samfunnsansvar, uavhengig av om de er eid av private eller offentlige aktører.⁷³ Det er viktig at selskaper som staten har en eierandel i, er blant dem som er ledende i dette arbeidet.⁷⁴

⁷¹ Se eksempelvis Rio-konvensjonen, 1992.

⁷² Se St. meld. nr. 13, 2006-2007, s. 49 flg.

⁷³ St.meld nr 13, 2006-2007, s. 49.

⁷⁴ Lagt til grunn av Statseierskapsutvalget i sin utredning, NOU 2004:7, se også St.meld s. 49.

I forlengelsen av pålegget om å opptre særlig miljøvennlig, kan tiltak som retter seg mer mot selskapet som aktør i markedet innebære brudd på EØS-forpliktelsene. At staten ber selskapet om å kjøpe mer miljøvennlige varer, er en prioritering som muligens gir selskapet en del høyere utgifter, fordi miljøvennlige varer gjerne koster mer. Det er markedsaktørenes privilegium å kunne velge fritt mellom ulike leverandører, ut fra de preferanser aktøren til enhver tid måtte ha hva angår produktet. Dersom aktøren ut fra hensyn til miljøet går inn for å handle med mer miljøvennlige varer, er det min mening at det må være opp til selskapet selv å ta en slik beslutning. En slik begrunnelse for å velge enkelte markedsaktører fremfor andre vil således ikke føre til brudd på EØS-forpliktelsene. Andre typer handlinger som kan anses som mulige restriksjoner er dersom staten pålegger bruk av mer omfattende rensetiltak enn lovverket krever, eller et krav om miljøbevisste valg av transportmidler i selskapet. Det skal ikke gås nærmere inn på dette.

Dersom staten påvirker selskapet til å kjøpe lokalt for å minske transporten, slik at det blir mindre skade på miljøet, er dette et tiltak som kan tenkes å medføre brudd på EØS-avtalen, ved å utgjøre en handelshindring i art. 11, EØS' forstand. Tatt i betraktning at alle tiltak som direkte eller indirekte, aktuelt eller potensielt, kan hindre samhandelen mellom medlemsstatene utgjør en hindring, er det fare for at et slikt tiltak fører til at lokale leverandører stiller forrest i køen.⁷⁵ Et slikt tiltak vil føre til en indirekte forskjellsbehandling av varer som ikke er tilstrekkelig "lokale", og særlig utenlandske varer, avhengig av hva man setter som kriterium for hva som er lokalt. Tiltaket medfører rent faktisk at produkter fra andre EØS-stater påføres større ulemper enn nasjonale varer, og jeg legger til grunn at de derav er en restriksjon.

Tvingende allmenne hensyn kan eventuelt begrunne en slik restriksjon, og miljøhensyn er i utgangspunktet antatt å være et legitimt hensyn, både etter det ulovfestede unntak og etter art. 13, EØS (se nedenfor). EF-domstolen har formulert det som et krav om at tiltaket må være nødvendig for å vareta det legitime hensynet som påberopes. Dette

⁷⁵ Jfr. sak 8/74, Saml. 1974 837, Dassonville.

innebærer at tiltaket må være egnet til å vareta det aktuelle hensyn og at tiltaket må stå i et rimelig forhold til hensynet.⁷⁶ En dom av betydning for hvor langs en stat kan gå i retning av miljøbeskyttelse er sak 302/86, Kommisjonen mot Danmark, hvor EF-domstolen fant at et dansk system for returemballasje var mer restriktivt enn nødvendig for å vareta miljøhensyn.

Dersom tiltaket skulle bli ansett som et nasjonalt diskriminerende tiltak, kan det aksepteres som lovlig, dersom de anses for begrunnet i hensynene i art. 13, EØS. Dersom det ses hen til EF-traktaten er den selvstendige betydningen av art. 30, EF, som tilsvarer art. 13, EØS, at de hensyn som er oppregnet i art. 30, EF er de eneste som prinsipielt kan rettferdiggjøre hindringer som er direkte diskriminerende overfor andre stater. EF-domstolens praksis gjør imidlertid at også miljøbeskyttelseshensyn kan komme til anvendelse også for vurderinger etter art. 30, EF. Den har fastslått at miljøhensyn kan være så tungtveiende at det kan rettferdiggjøre tiltak som er direkte diskriminerende. Dette gikk frem av blant annet C-379/98, *PreussenElectra*, hvor EF-domstolen lot miljøhensyn begrunne en diskriminerende nasjonal lovgivning. Saken omhandlet den tyske elektrisitetslovgivningen som påla strømforsyningsselskaper å kjøpe strøm fra energikilder innenfor deres forsyningsområde, som EF-domstolen fant at kunne hindre samhandelen. Kjøpsforpliktelsen var likevel forenelig med art. 28, EF fordi ”anvendelsen af vedvarende energikilder til fremstilling af elektricitet” ..., ”er nyttig for beskyttelsen af miljøet, for så vidt som den bidrager til reduktion af drivhusgasemissioner, som er en af hovedårsagerne til de klimaendringer, som Det Europæiske Fællesskab og dets medlemsstater har forpligtet seg til at bekæmpe”. En slik besparelse ved å kjøpe strøm av energikilder i nærheten, var følgelig så tungtveiende at EF-domstolen anså det for å kunne rettferdiggjøre et direkte diskriminerende tiltak. Etter hva jeg kan se, står dommen ganske alene i sin vurdering foreløpig. Det er på det rene at det skal ganske mye til for å unnta etter art. 13, EØS, og særlig når det er et innfortolket hensyn og ikke med i ordlyden. Men den statuerer et eksempel på at hensynet til miljøet er av stor viktighet. Forklaringen på hvorfor

⁷⁶ Se Sejersted m.fl., *EØS-rett*, kap. 17.

miljøhensyn ikke er nevnt i art. 13, EØS, har sin forklaring i at beskyttelsen av miljøet er av forholdsvis ny dato og var antagelig ikke av stor nok betydning da traktaten ble laget i slutten av 1950 årene.⁷⁷

3.5.2.3 Forskning

Videre har en satsning på forskning vist seg å bidra til bedre verdiskapning i selskapet. I Cermaq ASAs formålsparagraf, hvor staten har en eierandel på 43,5 %, er det bestemt at ”selskapet skal ha en aktiv rolle knyttet til forskning og utvikling i marin sektor og oppdrettsnæringen”.⁷⁸ Tatt i betraktning den dominerende eierandelen til staten er det Stortinget som opprinnelig forutsatte at det skulle med i vedtektene.⁷⁹ Forskningen har bidratt til at selskapet er sentral i gjennomføringen av oppdrett og utøvelsen av virksomheten for mange produsenter. Dette gir igjen avkastning. Slik mener man at verdiskapning også generelt i samfunnet vil øke på sikt, fordi det har en effekt utover det aktuelle selskapet. En slik forutsetning nedlagt i vedtektene reiser neppe spørsmål i forhold til EØS-retten så vidt jeg kan se, da det ikke får konsekvenser for samhandelen, men er mer en forutsetning for driften av selskapet.

Samfunnsansvaret den norske stat prøver å fremme er i overensstemmelse med EØS-avtalens preambel, som anerkjenner at blant annet miljøhensyn, HMS, arbeid til fremme av forskning og samfunnssikkerhet er den bakenforliggende oppgaven bak målsetningen om et indre felles marked. Og parallelt, av EF traktatens art. 2 og art. 3 lest i sammenheng går det frem at reglene om det indre felles marked er virkemidlene for å oppnå et best mulig samfunn basert på de omtalte målene.

⁷⁷ Ifølge EU Karnov, s 156. se for øvrig sak C-2/90, Kommisjonen mot Belgia, hvor EF-domstolen aksepterte at tvingende miljøhensyn kan begrunne særskilte regler vedrørende avfallsbehandling.

⁷⁸ Jfr. selskapets nettside www.cermaq.com, og deres vedtekter, § 3, 2.pkt. (Dato 15.mars 2007)

⁷⁹ Se St.meld nr 13, boks 7.2.

I spørsmålet om statens påvirkning av selskapenes samfunnsansvar i markedet er i overensstemmelse med EØS, må det tas utgangspunkt i hva staten faktisk foretar seg. Staten er ute etter å påvirke selskapene de har makt over til å se ut over sin egen verdiskapning. En forventning om at selskapene tar sin skjerv av samfunnsansvaret er ikke i strid med EØS reglene.

3.5.2.4 Corporate Social Responsibility

Samfunnsansvar kan ta en annen form. "Corporate Social Responsibility" er det internasjonale begrepet på selskapers samfunnsansvar i en litt annen sammenheng. Det er næringslivets egen regulering på områder ved virksomheten som det knytter seg bredere samfunnsinteresser til. Selskapene etablerer mål eller definerer standarder for egen forretningsvirksomhet, basert på de tjenester og produkter som leveres og det miljøet virksomheten opererer i. Derfor kan de definerte standardene variere meget fra sektor til sektor. Meget mulig er det også at målene selskapene selv oppstiller går lenger enn de krav som myndighetene stiller på ulike områder.

Selskapers samfunnsansvar er et sentralt tema når det er tale om eierstyring, og det er erkjent som vesentlig for å sikre selskapers langsiktige vekstevne. Selskapers omdømme påvirkes i større grad av sin egen evne til å holde en høy etisk og miljømessig standard og utvise samfunnsansvar. Tap av omdømme er dermed blitt en større økonomisk risikofaktor, eller som Statoil ASA uttrykker det i sitt dokument "Etikk i Statoil" om kravet til sin forretningspraksis: "Vår evne til å skape verdier er avhengig av en høy etisk standard som danner grunnlag for et tillitsfullt og forpliktende forhold til samfunnet, eierne, ansatte, partnere, kunder og leverandører."⁸⁰ I dagens mer sammenknyttede globale økonomi bidrar selskapers samfunnsansvar positivt til en samfunnsutvikling som tjener bærekraftig miljø og langsiktige utviklingsinteresser. Særlig store selskaper med internasjonalt virkefelt har stor selvstendig påvirkningskraft. Slike selskaper er typisk Statoil ASA, Norsk Hydro ASA,

⁸⁰ Se www.statoil.com, "våre verdier", "Etikk i Statoil", pkt 3. (Dato: 28.3.2007.)

Telenor ASA⁸¹ som alle har staten som dominerende eier. Virkningen av dette er at regjeringen forventer at alle selskaper med statlig eierandel utformer et verdigrunnlag og etiske retningslinjer.⁸²

Sett i sammenheng med EØS-reglene legger ikke de en begrensning for et slikt statlig tiltak, av den grunn at det er lite problematisk i forholdet til de fire frihetene. Videre er det opp til selskapet internt å utarbeide de særskilte etiske standardene, slik at det som er viktig i den enkelte bransje kommer til uttrykk i retningslinjene. Bruken av statens dominans sikter seg derfor mot kravet om å lage etiske retningslinjer, og ikke nødvendigvis innholdet. Begrunnelsen for å iverksette etiske rettesnorer for virksomheten er i tråd med siktemålet til EØS, konsekvensen er derfor at begge jobber mot samme målsetninger.

3.5.3 Om forholdet til andre aksjonærer

3.5.3.1 Innledning

Når staten eier et selskap sammen med andre aksjonærer legger lovgivningen begrensninger på hva staten kan foreta seg.⁸³ Av betydning er regler om hvordan partene i et selskap kan oppføre seg overfor hverandre, hvor tredelingen av makten i et selskap deles mellom eierne, styret og selskapets ledelse. For å sikre en best mulig klargjøring og styring av et selskap er det vokst frem overordnede kjøreregler.

3.5.3.2 Corporate Governance

I St. meld. nr. 13, 2006-2007, gir staten uttrykk for at god eierstyring og selskapsledelse har stor betydning for landets samlede økonomiske effektivitet og konkurransedyktighet. I

⁸¹ Statens eierandel pr. 28. mars 2007 er 70,9 % i Statoil ASA, 43,8 % i Norsk Hydro ASA og 54 % i Telenor ASA.

⁸² Se St.meld nr 13, 2006-2007, s. 50.

⁸³ Eksempelvis legger selskapslovgivningen rammer for hva slags type beslutninger generalforsamlingen kan fatte, særlig om misbruk av generalforsamlingens myndighet. Se aksjel./allmenaksjel. §5-21.

tillegg til å ha utformet sine egne prinsipper, går staten inn for å etterleve prinsippene fra Norsk anbefaling og OECD i sitt eierskap.⁸⁴ 'Corporate governance' eller oversatt til norsk; 'eierstyring og selskapsledelse' blir i det videre brukt om hverandre, uten at det distingveres noe mellom termene. Målgruppen er i all hovedsak børsnoterte selskaper i Norge, men den kan også være hensiktsmessig for ikke-børsnoterte selskaper med spredt eierskap og hvor aksjene er gjenstand for regelmessig omsetning.⁸⁵

Den norske anbefalingen for eierstyring og selskapsledelse er utformet under hensyn til den internasjonale utviklingen og andre nasjonale anbefalinger, samtidig som det er tatt hensyn til norsk lovgivning og praksis. Formålet er å klargjøre rolledelingen mellom aksjeeiere, styre og daglig ledelse utover det som følger av lovgivningen for børsnoterte selskaper.

Internasjonalt og nasjonalt har det vært selskaps- og regnskapsskandaler⁸⁶ som er bakgrunnen for en økt oppmerksomhet og innføring av nye lover og anbefalinger. Bakgrunnen har vært å styrke fordelingen av de ulike ansvarsroller og gjenopprette investorenes tillit. Den viktigste internasjonale premissgiver for eierstyring og selskapsledelse i Norge er EU.⁸⁷ I EU foregår et omfattende arbeid vedrørende sentrale temaer som blant annet aksjonærrettigheter, uavhengighet, godtgjørelser og revisjon. Det er nedsatt en arbeidsgruppe med ikke-statlige eksperter som har fått i oppgave å utrede om selskapsledelse. Det går frem av rapporten at dette kun er en del av et større omfattende arbeid på selskapsrettområdet i EU.⁸⁸ Utvalget fra 2004 tar ikke sikte på å utarbeide en felles utforming av et regelverk for prinsippene for eierstyring for medlemslandene, da en

⁸⁴ Se NHDs nettsider www.nhd.no eller St.meld nr. 13, 2006-2007, s. 20-22.

⁸⁵ For mer utfyllende informasjon om den norske anbefalingen, se www.nues.no. (Dato 31.3.2007), og Hopt m.fl., *Corporate Governance in Context*.

⁸⁶ Eksempelvis Finance Credit-saken her hjemme og Enron-skandalen i USA.

⁸⁷ Se www.nues.no.

⁸⁸ Jfr. arbeidet til en ekspertgruppe om selskapsrett ved navn "A modern regulatory framework for company law in Europe", nedsatt av kommisær Bolkenstein i 2002.

studie viser at disse er meget like.⁸⁹ Utvalget går inn for at EU skal utarbeide noen internasjonalt anerkjente vesentlige prinsipper, som skal fungere mer veiledende.⁹⁰ EU anbefaler at medlemslandene etablerer egne nasjonale standarder med forankring i nasjonale forhold.

Derfor har staten sett nødvendigheten av å utarbeide sine egne prinsipper for statens eierskap.⁹¹ Statens egne prinsipper for eierstyring og selskapsledelse retter seg mot forvaltningen av statens eierinteresser i alle statlige selskaper enten de er heleide eller deleide. Det er særlig to overordnede hensyn som ligger til grunn for utformingen av prinsippene.⁹²

For det første skal de bidra til en god eierforvaltning for staten, som sikrer statens verdier. I denne sammenheng er prinsippene knyttet til utforming av mål for avkastning og utbytte, kapitalstruktur, valg av styre, samt insentiv- og kontrollsystemer av stor betydning. Dette går jeg ikke noe mer inn på.

For det andre skal prinsippene bidra til å sikre likeverdighet mellom ulike aksjonærgruppers rettigheter. I selskaper der staten er aksjonær sammen med andre, ønsker staten å opptre med samme rettigheter og plikter som enhver annen aksjonær. For private aksjonærer er det av særlig betydning at staten, som i mange selskaper er en dominerende eier, ikke opptrer slik at andre aksjonærers rettigheter eller økonomiske interesser påvirkes negativt. Det er derfor lagt vekt på hensynet til likebehandling av aksjonærer, åpenhet

⁸⁹ Bygger på et komparativt studie av regler om eierstyring og selskapsledelse, se note 1 i Det Europæiske Økonomiske og Sociale Udvalgs udtalelse om "*Meddelelse fra Kommissionen til Rådet og Europa-Parlamentet om modernisering af selskabsretten og forbedret virksomhedsledelse i Den Europæiske Union — vejen frem*" (KOM(2003) 284 endelig).

Se http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/da/oj/2004/c_080/c_08020040330da00120016.pdf.

⁹⁰ Se utvalgets pkt 4.1 og 4.2.1. Det pågår fortiden en videre utredning på dette området, så vidt jeg har forstått, men noen flere dokumenter er ikke lagt ut på nettet.

⁹¹ Jfr. St. meld. nr. 13, 2006-2007 og NHDs nettsider om eierskap.

⁹² Se NHDs nettsider.

knyttet til statens eierskap og bruk av generalforsamlingen som beslutningsarena. Staten har derfor heller ikke egne styremedlemmer der den er deleier, men forutsetter at alle styrets medlemmer skal søke å ivareta selskapets og aksjonærenes felles interesser. Dette er praktisk for å unngå habilitets- og interessekonflikter, som i særlig grad vil kunne oppstå dersom aksjonærfellesskapets interesser ikke fullt ut er sammenfallende med statens interesser.

3.5.3.3 Styresammensetningen

Av den grunn er det av interesse å se på hvordan staten bruker sin dominans i forhold til å påvirke styresammensetningen. Generelt sier St. meld. nr. 13, 2006-2007 at staten skal ta en aktiv del.⁹³ Videre ønsker den mangfold og kompetente personer til arbeidsoppgavene og de må ha kapasitet til å fylle sitt verv. I sin utøvelse av eierrollen er det i Eierskapsutvalgets beretning blitt vektlagt at en av statens viktigste virkemidler for å realisere sine mål er bruk av eierstyring overfor selskapet, og et fremtredende styringselement under det er ”deltagelse i valg til styre og bedriftsforsamling”.⁹⁴ I utgangspunktet gir en dominerende eierandel på over halvparten en mulighet til å bestemme styrets sammensetning alene, dersom man ser bort fra de ansattes representanter.⁹⁵ Praksis er imidlertid slik at aksjonærene samarbeider i en valgkomité om å finne en styresammensetning i børsnoterte selskaper. Statens bruk av sin alminnelige stemmerett byr i utgangspunktet ikke på noen problemer i forhold til EØS-retten når et styre skal settes sammen. Å sitte i et styre er et verv, som EØS-avtalen ikke har bestemmelser om.

⁹³ Side 48.

⁹⁴ Se NOU 2004:7, s. 90.

⁹⁵ Jfr. asl/asal § 5-17, 1 ledd, 1.pkt.

3.5.3.4 Kjønnsfordelingen i styrene

Regjeringen mener videre at slike styrever og bedriftsforsamlinger skal ha en balansert kjønnsfordeling.⁹⁶ Spørsmålet er om staten i kraft av sin dominans kan pålegge en viss kjønnsandel i styrene. Utgangspunktet er at EU, så vel som den norske lov krever lik behandling av menn og kvinner. Dette har gitt seg utslag i regler om kjønnsrepresentasjon i styrever i allmennaksjeselskaper⁹⁷ og flere direktiver fra EU hold som skal sikre like rettigheter.⁹⁸ Det går også frem som et av hovedprinsippene i art 2, EF. Det er liten tvil om at det ligger tett opp til den norske stat å forsøke å fremme like muligheter for begge kjønn, også i det private næringsliv. Tatt i betraktning at staten har en eierandel på over halvparten av stemmene, kan staten påvirke kjønnsdeltagelsen selskapet velger å ha i sitt styre gjennom å stemme for dette på generalforsamlingen.

Videre er det spørsmål om det kan samme kan kreves for selskapets ledelse? Et eksempel er debatten som har pågått om den planlagte fusjonen StatoilHydro. En artikkel i Dagens Næringsliv den 22.mars 2007 omtaler at problemstillingen om at staten som hovedeier ikke har sørget for å sikre en større kvinneandel blant de 70 nyutnevnte direktørene i StatoilHydro. Av sytti personer i ledelsen er seksten kvinner, dette tilsvarer en prosentandel på kun 23 %. Styret skal settes sammen over sommeren, hvorav første ekstraordinære generalforsamling er i juni 2007. Likestillingsombudet etterlyser flere kvinner i maktposisjoner, det vil si i stillinger med resultatansvar innenfor bedriftens kjerneområde, da det gir et uheldig signal at kvinnene kun besitter andre typer ledelsesstillinger.⁹⁹

Likestillingsminister Bekkemellem avviser at regjeringen kunne påvirket ansettelsesprosessen mer enn den gjorde, ved at ”som eier har staten spilleregler de må forholde seg til.” Uttalelsen viser at staten i denne saken og som hovedeier ikke ønsker å intervenere i hvem selskapet ansetter i ledelsen. En aksjemajoritet gir flertall på

⁹⁶ Se St.meld. nr. 13 s. 20.

⁹⁷ Se Ot.prp. nr. 97, 2002-2003.

⁹⁸ Direktiv 75/117, for lik lønn, direktiv 76/207 og 86/613, for lik behandling i arbeidet.

⁹⁹ Tilsvarende for Prior og Gilde med en kvinneandel på henholdsvis 29 % og 33 %, mens kun på 20 % i Nortura etter fusjonen mellom de to selskapene.

generalforsamlingen, men når ikke generalforsamlingen er forum for å nå gjennom med sine synspunkter, ønsker ikke regjeringen å benytte seg av eierskapet for å presse selskapet på andre måter.

EU har så langt ikke gitt regler for hvordan styret eller ledelse skal velges eller utpekes, derfor er det opp til medlemsstatene akkurat hvordan dette skal reguleres.¹⁰⁰ Adgangen til å påta seg verv i selskaper har ikke konsekvenser for samhandelen, slik at EØS-avtalens regler ikke berører dette. Så lenge det offentlige i sitt eierskap benytter seg av generalforsamlingen på lik linje med de andre aksjonærene, bruker de innflytelsen sin i overensstemmelse med norsk lovgivning og EØS.

3.5.4 Om selskapet som aktør i markedet

3.5.4.1 Innledning

En motivasjon til å kun benytte seg av norske varer og tjenester kan være at man ønsker en mer proteksjonistisk holdning til det nasjonale markedet. Vare- og tjenestereglene sikrer at staten ikke kan legge slike føringer på markedet ved lovgivning eller i egenskap av å være forvalter eller aktuelt i denne fremstillingen; som eier. Det er flere begrunnelser for hvorfor det offentlige skulle ønske å utføre restriktive tiltak. Et eksempel er ønsket om å verne innenlandsk produksjon mot konkurranse utenfra og å fremme bruk av nasjonale leverandører. Videre kan det ha grunnlag i nasjonaløkonomiske hensyn, ved at man ser at bruk av norske bedrifter i næringslivet gir en større verdiskapning på det nasjonale marked. Men staten har flere styringsmetoder enn legislative, og et eierskap utløser de samme spørsmålene.

¹⁰⁰ Se Erik Werlauff, EU company law, s.347.

3.5.4.2 Kan staten pålegge selskaper å kun benytte seg av norske varer og tjenester?

Hovedregelen er at dominans gjør at aksjonæren eller gruppen av aksjonærer kan få gjennom en beslutning om å kun benytte seg av norske varer og tjenester i sin virksomhet. Med to tredelers flertall ville det også vært mulig å endre vedtektene, slik at det som anses som selskapets lov hadde angitt at norske varer og tjenester skulle prioriteres. For børsnoterte selskaper gir selskapsretten også prinsipper som sikrer likebehandling av aksjonærer og at en løsning som er meget gunstig for én aksjonær ikke skal kunne stemmes frem på bekostning av en annen.¹⁰¹ Pålegget om å kun handle med norske varer og tjenester, ville vært en prioritering som ikke stemmer overens med hensynet til bedriftsøkonomisk lønnsomhet og av den grunn lite populær hos øvrige aksjonærer. En kjensgjerning er at dersom det oppstår tvil i markedet om hvordan makt utøves og hvilke premisser som legges til grunn for strategiske beslutninger, er det neppe overraskende dersom de øvrige eierne uttrykker sin misnøye gjennom å forlate fellesskapet.

Å pålegge selskaper å kun handle med norske varer og tjenester medfører brudd på fellesskapsretten. En slik beslutning fra statens side strider mot alt som EØS-avtalen prøver å fremme, ved at selskapet ville drevet forskjellsbehandling på grunnlag av nasjonalitet. Om man begrunner dette i den enkelte regel om fri flyt av den respektive kategorien i de fire friheter eller den generelle bestemmelsen om forbud mot nasjonalitetsbestemt forskjellsbehandling, jfr. art. 4, EØS, er i all hovedsak likegyldig.

3.5.4.3 Er det åpning for at selskapet selv kan velge leverandør av en vare eller tjeneste på grunn av at leverandøren er norsk?

Først og fremst er det nødvendig å påpeke at dersom situasjonen er slik at den norske leverandøren har det desidert beste tilbudet, står ikke reglene om de fire friheter i veien for at denne leverandøren blir valgt.

¹⁰¹ Se børsloven 17.11.2000, nr. 80, § 1-1.

Et selskap står i utgangspunktet fritt til å velge hvem de vil handle med. Dette omfatter kjøp og salg i markedet, hvor selskapet inngår avtaler med andre aktører i markedet. En statlig eierandel tilsier imidlertid at selskapet har en selvstendig forpliktelse til å overholde EØS-reglene. Etter art. 11, EØS og art. 36, EØS skal det ikke være noen restriksjoner på fri bevegelse av varer og tjenester. Dersom selskapet velger leverandører ut fra en tanke om bedriftsøkonomisk lønnsomhet, vil som oftest valgene kunne forsvares overfor EØS-reglene. Eksempelvis kan tenkes situasjonen der varene produsert i Norge, men transportkostnadene ved å frakte det fra et annet sted i Europa, gjør at det samlet sett vil lønne seg å kjøpe varen i Norge.

Selskapet kan også velge ut fra andre hensyn, som at det vil prioritere å kjøpe varer fra Norge, ikke fordi det er billigst, men fordi det eksempelvis kan øke verdiskapningen innen den spesifikke næringen i Norge. Et annet eksempel kan være at selskapet velger å hente inn tjenester fra andre aktører, såkalt 'outsourcing', og at selskapet kun innhenter norske tjenester. Her kan eksemplene graderes ut fra om det utelukkende brukes norske tjenester til om kun en overveiende del er norskbasert. Vurderingen må være basert på en funksjonell tilnærming, men det er trolig at dette vil kunne få konsekvenser etter EØS-reglene, fordi det indirekte diskriminerer leverandører fra andre EØS-land. Et spørsmål er om en slik holdning i videre utstrekning kan muligens også anses som statsstøtte, ved at et offentlig foretak bevisst gå ut i markedet å kun kjøper eller selger varer og tjenester til norske aktører.

I en situasjon der et selskap vil kjøpe varer, settes det gjerne visse spesifikasjonskrav til varen. Det kan settes spesifikasjonskrav til varen på en måte som bestemmer dens opprinnelse eller andre kvalitetskrav som gjør at en slik vare kun kan skaffes fra Norge. I dette farvannet må offentlige foretak være påpasselige, slik at ikke produktkravene deres vil kunne bli ansett som skjult diskriminering.

En presisering på området er nødvendig; et privat selskap står i utgangspunktet fritt til å prioritere å handle kun med norske varer og tjenester, dersom det skulle være ønskelig ut fra firmaets policy eller lignende.

3.5.5 Om innretning av virksomheten

3.5.5.1 Innledning

Det er av betydning hvordan et offentlig foretak innretter sin virksomhet innenfor EØS-området, og hvilke hensyn som varetas i eierskapet. Jeg skal forsøke å vise med noen eksempler.

3.5.5.2 Hovedkontorets plassering

Et aktuelt tema den siste tiden har vært den såkalte hovedkontordebatten i forbindelse med den forestående fusjonen mellom Statoil og Hydro. Vedtektene i et selskap skal angi hvor i landet hovedkontoret skal befinne seg, jfr. minimumskravene til vedtekters innhold i asl/asal § 2-2. Hvor hovedkontoret befinner seg er av betydning for prosessuelle grunner og også forpliktelsen til å etablere et kontor hvor blant annet aksjonærene kan henvende seg for å ivareta sine interesser overfor selskapet.¹⁰²

Det som preget den offentlige debatten i saken om StatoilHydro var de politiske signalene om at en flytting av virksomheten fra Stavanger til Oslo ikke uten videre var greit.¹⁰³ Å flytte hovedkontoret ville føre til en oppsplitting av oljemiljøet i Stavanger, noe som mange mente ikke var forenelige med noe av begrunnelsen bak statens eierskap, som å opprettholde arbeidsplasser i spesifikke deler av Norge. Andre mente at det i en slik situasjon var de forretningsmessige hensynene som skulle telle, pga reglene om likebehandling av aksjonærer. Det er på det rene at et kvalifisert flertall i generalforsamlingen til Statoil kan endre vedtektene og derfor bestemme hvor hovedkontoret skal ligge. For å kunne stemme slik, kunne det blitt nødvendig å ta saken

¹⁰² Mer om betydningen, se Andenæs, Aksjeselskaper og Allmennaksjeselskaper, 2. utgave 2006, s. 47.

¹⁰³ Se Dagens Næringsliv den 19.2.2007, s. 8.

opp i Stortinget på forhånd, fordi det i denne debatten hadde dette i sin mest ekstreme form krevd flertall i Stortinget, slik at det staten stemte for gjenspeilet løsningen det var politisk flertal for.

Sett i forhold til EØS-rettslige problemstillinger, utløser ikke den aktuelle debatten noen spørsmål. Diskusjonen dreier seg om en plassering av hovedkontoret innenfor Norges grenser, og innebærer derfor ikke et grenseoverskridende element. Imidlertid er dette en problemstilling som kan tenkes også for selskaper som driver i flere medlemsstater. Av interesse vil være hvilke hensyn som tas i betraktning ved vedtagelsen om hvor hovedkontoret skal situeres, og om disse innebærer en begrensning på de fire friheter. En situasjon som kan tenkes å være i strid med EØS-retten er dersom hovedkontoret situeres i det landet, hvis stat har eierandeler i selskapet. Plassering av hovedkontor medfører verdier, i det ligger at der folk skal jobbe, kreves boliger, veier, butikker og andre tjenester. I utgangspunktet er ikke EØS-avtalen til hinder for det, men dersom det gjøres fordi staten lar dette veie tyngre enn hva som er det beste for selskapet selv, slik at det har konsekvenser også for investorer over landegrensene, kan det tenkes en hindring i samhandelen. På den annen side er det nok i overensstemmelse med EØS-retten at staten kjøper seg opp i selskaper av den begrunnelse å holde hovedkontoret i Norge, forutsatt at det er lønnsomt.

3.5.5.3 Nedbemanning

En situasjon under dette punktet kan tenkes i tilfellet hvor et selskap med hovedkontor i Norge og med flere datterselskaper i utlandet har behov for å nedbemanne. Et spørsmål er om det er i overensstemmelse med EØS-retten å velge og nedbemanne i et av datterselskapene i en annen medlemsstat. Dersom løsningen er ansett som den mest lønnsomme, er det trolig konformt med ikke-diskrimineringsprinsippet i EØS-retten. Motsetningsvis kan det antas at det i strid med EØS-retten dersom nedbemanningen er nasjonsbetinget.

3.6 Oppsummering

En gjennomgang av de ulike tiltakene tilsier at det er begrensninger for hvilke hensyn som staten som eier kan pålegges selskapene å ta i betraktning i sin virksomhet. Den generelle tendens er at staten kan formidle at overordnede hensyn som miljøhensyn, skal være en del av selskapets løpende vurderinger. Men dersom staten pålegger selskapene å handle på grunnlag av proteksjonistiske holdninger til fellesskapets marked, kan det utgjøre hindringer i samhandelen. Minst spillerom har staten som aktør i markedet, hvor det forventes at aktørene handler ut fra en holdning til bedriftsøkonomisk lønnsomhet. Det er på grunnlag av dette en klar forskjell mellom offentlige foretaks og private selskapers spillerom innenfor EØS-området.

4 Etablering og opprettholdelse av dominans

4.1 Innledning

Under dette punktet skal det tas til vurdering mulige EØS-rettslige problemstillinger som kan tenkes å påvirke statens etablering og opprettholdelse av dominans. Basert på en eksemplifisering av noen tenkelige situasjoner, skal jeg forsøke å belyse de rettslige skrankene staten må forholde seg til i sitt eierskap. Stortingsmelding nr.13, 2006-2007 gir uttrykk for om staten ønsker å beholde den aktuelle andelen i hvert selskap, eller om de ønsker nedsalg eller oppkjøp av flere andeler. Det er hvordan staten opptrer i disse situasjonene som er av betydning.

I debatten rundt den forestående fusjonen mellom Statoil og Hydro, har det blitt stilt spørsmål om sammenslåingen ikke like gjerne bør anses som et oppkjøp av Hydro, forestått av Statoil. Dersom dette legges til grunn, er det et spørsmål om det i forlengelsen kan tenkes at EØS-reglene er til hinder for oppkjøpet. En noe søkt tanke muligens, men likevel har det elementer av sannhet i seg. Forutsatt at Hydro er et selskap som for aktører i petroleumsnæringen og andre investorer er interessant som oppkjøpsobjekt sett ut fra en

bedriftsøkonomisk analyse av selskapet, er det da et problem at Statoil, et annet statlig selskap, kjøper det opp? I utgangspunktet ikke. Men dersom kjøpet er motivert av å holde Hydro som norsk selskap, og Statoil kjøper det til fortrengsel for andre investorer, kan det tenkes problemer sett i forhold til EØS-forpliktelsene. Vurderingen av det må basere seg på hvorfor Statoil kjøper, hvorfor Hydro går inn for det og hvorfor Stortinget tillater kjøpet. Jeg skal imidlertid ikke gå nærmere inn i denne konstruerte problemstillingen. Nedenfor skisserer jeg mulige problemstillinger, men på generelt grunnlag. Jeg presiserer at enhver vurdering i et konkret tilfelle ville inneholdt en langt sterkere prestasjon hva angår analyseringsevne og blikk for detaljer.

4.2 Oppkjøp og nedsalg

Det er tre situasjoner jeg ønsker å belyse. Det første er selskaper hvor det offentlige allerede har eierandeler og kan tenke seg å kjøpe mer. Det andre er selskaper som er privateide, men som det offentlige ønsker å kjøpe seg inn i. Det tredje er en nedsalgssituasjon, hvor staten vil selge seg ned eller helt ut av selskapet.

Dersom det offentlige ønsker å øke eierandelen i et selskap, er dette i utgangspunktet uproblematisk. Sett at det gjøres motivert av sysselsetting eller andre årsaker, byr ikke dette på problemer i forhold til EØS-retten. På den annen side er det mer problematisk dersom oppkjøpet foretas på grunn av at utenlandske investorer har vist interesse overfor selskapet og oppkjøpet ikke ville funnet sted dersom det var andre norske investorer som var interesserte. Dersom staten kjøpte eierandeler ut fra denne motivasjonen, er det mye som kan minne om proteksjonistiske holdninger, noe EØS-reglene sikter mot å forebygge. En annen side ved eksempelet, er dersom staten sitter med en forkjøpsrett nedfelt i vedtektene, se nedenfor.

I et norsk, privateid selskap, hvorav en av investorene vurderer å selge sin andel, står det offentlige fritt til å kjøpe seg inn, dersom det er ønskelig. Debatten om staten burde kjøpe seg inn i Aker er et eksempel. Et eventuelt oppkjøp ble i media begrunnet med at det var ønskelig at Aker forble på norske hender. I utgangspunktet velger staten, som alle andre,

hvilke prosjekter de vil satse på. Det gjelder også i dette tilfellet, hvor det offentlige gjerne kan ha en motivasjon bak kjøpet om å holde selskapet i Norge. Dersom staten kjøper aksjer i markedet som enhver investor, er det uproblematisk sett ut fra et EØS-rettslig ståsted.

Det tredje eksempelet er et selskap med statlige eierandeler, hvor staten ønsker å selge seg ned eller helt ut. Det vil si at aksjene må kjøpes opp av andre investorer. Ut fra Eierskapsmeldingen, nr.22, 2001-2002 ønsket den daværende regjering ”et mindre og bedre eierskap”, som var tittelen på Stortingsmeldingen. Det ble gått inn for å redusere statens eierandeler i eksempelvis Telenor og Statoil. Gjennom to nedsalg reduserte staten sitt eierskap fra 77, 6 % til 53, 96 % i 2003 og 2004. Staten reduserte sitt eierskap i Statoil fra 81, 7 % til 70, 9 % i 2004 og 2005. I begge nedsalgssituasjonene ble aksjer solgt til norske og utenlandske institusjonelle investorer og privatpersoner. Art 4, EØS tilsier at en situasjon hvor det offentlige avviser et tilbud med den begrunnelse at kjøperen ikke er norsk, er forbudt. Det er begrunnelsen som er av betydning for EØS-reglene, for dersom tilbudet var vurdert for lavt eller det er andre grunner til at man likevel ikke ønsker å selge, rammes ikke det av forbudet mot ikke-diskriminering.

4.3 Forkjøpsrett

I enkelte aksjonæravtaler er det avtalt en forkjøpsrett for aksjonærene i selskapet. Som et eksempel på anvendt forkjøpsrett kan det ses hen til statens oppkjøp i Nammo AS. Høsten 2005 ble Saab AB enig med Patria Oyj om å selge sin andel i Nammo til Patria. Staten benyttet seg av sin forkjøpsrett fastsatt i aksjonæravtalen og kjøpte opp 5 % av aksjene fra Saab AB.¹⁰⁴ Dette medførte at begge eierne satt med 50 % hver i selskapet. Staten begrunner transaksjonen med at det var viktig å benytte seg av forkjøpsretten for å sikre statens fremtidige innflytelse i Nammo. Selskapet driver blant annet utvikling, produksjon og markedsføring av ammunisjonsprodukter, og regjeringen ønsker å legge til rette for at

¹⁰⁴ Jfr. St.prp. nr 25, 2005-2006 og Innst. S. nr. 70, 2005-2006. Den totale aksjeandelen til Saab var på 27, 5 %.

virksomhet og hovedkontor opprettholdes på Raufoss.¹⁰⁵ Sett ut fra det foreliggende faktum er forkjøpsretten brukt for å hindre at Patria skaffer seg dominans i selskapet. Derimot kan det tenkes tilfeller der staten ville utnyttet en forkjøpsrett for å hindre at deler av selskapet ble solgt ut til utenforstående investorer. Som en hovedregel kan ikke staten utøve forkjøpsrett for å holde investorer fra andre medlemsland ute, da det vil medføre en dårligere stilling for investorene enn hvis de kom fra Norge, jfr. art. 4, EØS. Motsetningsvis er det klart at forbudet mot nasjonalitetsbestemt forskjellsbehandling tilsier at staten heller ikke kan avholde seg fra å utøve sin forkjøpsrett, fordi den andre erverver er norsk.¹⁰⁶

5 Avslutning

Avhandlingen har tatt for seg spørsmålet om hvordan EØS-retten stiller seg i forhold til det offentlige bruk av selskaper som styringsmiddel. Det er mange ulike årsaker til statlig eierskap og disse har forandret seg gjennom tidene. Fremstillingen har vist at i dag er statlig eierskap hovedsakelig motivert av bedriftsøkonomisk verdiskapning.

I Del 2 fremkom det at statlig eierskap er i overensstemmelse med EØS-avtalen ved at en statlig innflytelse i seg selv ikke utgjør en restriksjon på samhandelen innenfor fellesskapet. Dette skaper et skille mellom det tilfellet at innflytelsen er skaffet gjennom å forbeholde seg særlige aksjer og der innflytelsen følger av en eierandel skaffet ved oppkjøp eller ved privatisering, fordi det er måten innflytelsen er skaffet på, som er avgjørende for om det er en restriksjon.

Drøftelsen i Del 3 viser at det er hvordan staten bruker sin innflytelse, som kan føre til hindringer i samhandelen. I den forbindelse ble det vist tenkelige problemstillinger

¹⁰⁵ Se St.meld. nr. 13, 2006-2007, s. 85.

¹⁰⁶ Se Arnesen og Graver, *Rettslige sider ved Norges EU-rettede avtaler*, s. 102.

angående når staten har en tilstrekkelig eierandel til å anses som dominerende i eierforholdet, og dermed kvalifisere som pliktsubjekt etter EØS-avtalen. Det er også fremkommet at staten som eier kan bli ansvarlig både for aktive og passive tiltak. Brudd på EØS-forpliktelsene kan hovedsakelig tenkes tilfeller der statlig eierskap benyttes for å fremme andre mål og hensyn enn bedriftsøkonomisk lønnsomhet. I denne vurderingen ligger det tenkte eksempler til grunn, hvor det skorter på nyansering og detaljer som bare et ekte tilfelle kan gi. I Del 4 er det forsøkt belyst ulike EØS-rettslige sider ved statens etablering og opprettholdelse av dominans, og slik det fremkom, legger EØS-forpliktelsene skranker for hvilke hensyn selskapet kan ta i betraktning.

Fremstillingen har vist at det påhviler offentlige foretak flere forpliktelser sett hen til EØS-reglene om de fire friheter enn hva som påhviler et privat selskap. Det er også vist at dette er et område som konkret har vært lite fokusert på i EF-domstolens praksis og i litteraturen, da det har vært nødvendig å illustrere gjennom et utall tenkte scenarioer. Enten det kommer av at eventuell forskjellsbehandling er godt kamuflert, slik at det ikke fanges opp av tilsynsorganene i EU og EFTA, eller at staten som eier faktisk vektlegger bedriftsøkonomisk lønnsomhet i alle sine sysler, gjenstår å se i de kommende år.

6 Litteraturliste

6.1 Bøker

- Andenæs, Mads Henry, *Aksjeselskaper og Allmennaksjeselskaper*, 2. utgave, Oslo 2006
- Arnesen, Finn, *Statlig styring og EØS-rettslige skranker*. Universitetsforlaget, Oslo 1996.
- Arnesen og Graver, *Rettslige sider ved Norges EU-rettede avtaler*, Makt og demokratiutredningen, Rapportserien nr.19, Oktober 2000.
- Arnall, Anthony m.fl., *Wyatt and Dashwood's European Union Law*, 5. utgave, Sweet & Maxwell, London 2006.
- Buendia Sierra, José Louis, *Exclusive rights and state monopolies under EC law*, Oxford 1999.
- Craig and de Búrca, *The evolution of EU law*, Oxford university press, Oxford 1999.
- Eckhoff, *Statens styringsmuligheter*, Tanum-Norli, Oslo 1983.
- Hopt m.fl., *Corporate Governance in Context*, Oxford 2005.
- Molde m.fl., *Karnovs EU-samling*, syvende utgave, Forlaget Thomson, Danmark, 2001.
- Sand, Inger Johanne, *Styring av kompleksitet*, Fagbokforlaget, Bergen 1996.
- Sejersted m.fl. *EØS-rett*, 2.utgave, Universitetsforlaget, Oslo 2004.
- Werlauff, *EU Company Law*, 2. utgave, København 2003.
- Woxholth, Geir, *Selskapsrett*, 1.utgave, 2. opplag, Gyldendal Akademisk, Oslo 2004.

6.2 Lover

- Børsloven, lov nr. 80 av 17. november 2000.
- EØS-loven – lov nr 109 av 27. november 1992 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v.

6.3 Offentlige dokumenter, forarbeider

NOU 2003: 34.

NOU 2004: 7.

Innst. O. nr. 70, 2005-2006.

Ot. prp. nr. 97, 2002-2003.

St. prp. nr. 100, 1991-1992.

St. prp. nr. 25, 2005-2006.

St. meld. nr. 13, 2006-2007.

6.4 Traktater, direktiver, konvensjoner

EF-traktaten, av 25. mars 1957, med de senere endringer.

Dir 75/117

Dir 76/207

Dir 86/613

Kdir 80/723/EØF, Transparensdirektiv, endret ved 93/84/EØF.

Rdir 88/631/EØF, Kapitalliberaliseringsdirektiv.

Rdir 93/38/EØF, Anskaffelsesdirektiv.

Rdir 94/22/EØF, Oljedirektiv.

1992 Rio-konvensjonen

6.5 Domsregister

Sak 8/74 Dassonville

Sammenslåtte saker

188-190/80 Frankrike m/fl. mot Kommisjonen.

Sak 302/86 Kommisjonen mot Danmark.

Sak C – 243/89 Kommisjonen mot Danmark.

Sak C – 2/90 Kommisjonen mot Belgia.

Sak C – 41/90 Höfner og Elser.

Sak C – 265/95 Kommisjonen mot Frankrike.

Sak C – 203/96 Chemische afvallstoffen Düsseldorf Bv.

Sak C – 222/97	Trummer og Mayer.
Sak C – 439/97	Sandoz.
Sak C – 302/97	Konle.
Sak C - 367/98	Kommisjonen mot Portugal.
Sak C – 379/98	Preussen Electra.
Sak C – 54/99	L'église Scientologie.
Sak C – 503/99	Kommisjonen mot Belgia.
Sak C – 482/99	Stardust Marine.
Sak C – 462/99	Connect Austria Gesellschaft für Telekommunikation GmbH.
Sak C – 112/00	Schmidberger.
Sak C – 98/01	Kommisjonen mot Storbritannia.
Sak C – 452/01	Ospelt.
Sammenslåtte saker	
C – 282/04 + C – 2831/04	Kommisjonen mot Nederland.

6.6 Nettsider og avisartikler

Dagens Næringsliv, 19. februar 2007.

www.cermaq.no

www.statiol.com

www.nues.no

www.nhd.no

7 Lister over tabeller og figurer m v

<http://www.uio.no/studier/emner/jus/jus/VALSPE10/>